J. rom. m.
257

Bähr

<36640716300010
<36640716300010
Bayer. Staatsbibliothek

NB

DIE

ANERKENNUNG

ALS

VERPFLICHTUNGSGRUND

Civilistische Abhandlung

von

Dr. Otto Bähr

Dritte, durch einen Nachtrag vermehrte Auflage

LEIPZIG
GEORG H. WIGAND'S VERLAG
1894

GEORG H. WIGAND'S VERLAG IN LEIPZIG

Preisherabsetzung

Die Lehre

von der

OPERIS NOVI NUNCIATIO

und dem

INTERDICTUM QUOD VI AUT CLAM

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Eine civilistische Abhandlung

von

ADOLF STÖLZEL

(JETZIGEM PRAESIDENTEN DER JUSTIZ-PRÜFUNGS-COMMISSION; VORTR. RAT IM JUSTIZ-MINISTERIUM, ORD. HONORARPROFESSOR AN DER UNIVERSITÆT BERLIN, MITGLIED DES PREUSS. HERRENHAUSES, KRONSYNDICUS, DR. JUR. HON. C. MARB.).

1865; XII, 629; Gr. 8°

Statt 8 Mark, nur 3 Mark.

Das Buch ist hervorgegangen aus dem vom Verfasser in seinem Richterberufe gefühlten Bedürfnisse, Klarheit über die in der gemeinrechtlichen Praxis noch mannigfach ihr Wesen treibenden römischrechtlichen Privatverbote gegen begonnene Bauten und andere dergleichen Anlagen zu erlangen. Es beabsichtigt darzulegen, dass diese Verbote auf Eigentümlichkeiten des römischen Prozesses beruhen und deshalb nur noch in verschwindendem Masse gegenwärtig Geltung beanspruchen können.

Die Ausführungen des Vf. haben ihrer Zeit eine Litteratur hervorgerufen, die an Umfang weit den Umfang seines Buches übersteigt. In wesentlichen Punkten ist ihm die Rechtsprechung beigetreten. ***IHERING nannte das Buch „eine der gediegensten Monographieen, die unsere neuere Zeit aufzuweisen hat, eine Leistung, um welche die meisten Theoretiker den Verfasser beneiden könnten“.***

DIE ANERKENNUNG ALS VERPFLICHTUNGSGRUND

DIE ANERKENNUNG ALS VERPFLICHTUNGSGRUND

Civilistische Abhandlung

von

Dr. Otto Bähr

Dritte, durch einen Nachtrag vermehrte Auflage

LEIPZIG
GEORG H. WIGAND'S VERLAG
1894

Vorrede.

Der Stoff zu diesem Buche ist nicht für den Zweck literarischer Beschäftigung herbeigesucht worden, ist vielmehr dem Verfasser bei Ausübung seines Berufs gleichsam unter den Händen herangewachsen. Die erste Anregung lag in der Wahrnehmung, dass gewisse Rechtsverhältnisse, welchen das gemeinsame Element einer „Anerkennung" bestehender Rechte zu Grunde liegt, je nach Verschiedenheit der Formen, in welchen dieses Element auftritt, eine sehr ungleichmässige, oft in den Gründen, oft auch in der Entscheidung selbst unbefriedigende Beurtheilung von Seiten der Gerichte erfahren. Eine genauere Beobachtung dieser Verhältnisse wies auf eine Vergleichung mit der römischen Stipulation hin; die Erkenntniss des materiellen Gehalts dieser untergegangenen Rechtsform schien das Verständniss in das Wesen jener, einer späteren Rechtsbildung angehörigen, Schöpfungen zu eröffnen. Hiermit war den theoretischen Studien Weg und Richtung gewiesen, um den angeregten Stoff zu einer zusammenhängenden Lehre zu gestalten. Anfangs waren diese Studien nur bestimmt, in den engen Kreisen eben jenes Berufs, aus dessen Bedürfnissen sie hervorgegangen, Anwendung zu finden. Erst später trat, befördert durch äussere Verhältnisse, welche den Drang nach einer der gemeinsamen deutschen Wissenschaft näher stehenden Thätigkeit wach riefen, der Entschluss hinzu, die gewonnenen Resultate für die Oeffentlichkeit zu bearbeiten.

Es galt mir dabei vor Allem, ein praktisches Buch zu schreiben: praktisch jedoch nicht in dem Sinne, dass nur Ergebnisse der bestehenden Praxis dargestellt werden sollten. Zu dieser steht die vorliegende Abhandlung sogar eher in dem Verhältniss des Widerspruchs, indem sie einer Lehre Bahn zu brechen strebt, die zwar schon in vielen einzelnen Beziehungen sich durchgerungen, keineswegs aber umfassende und allgemeine Anerkennung gefunden hat.

Um diesen Versuch nicht ohne alle Aussicht auf Erfolg zu wagen, erschien es nöthig, die Grundlagen der eigenen Anschauung, namentlich im Gebiete des römischen Rechts, dem Leser vollständig darzulegen. Hierzu ist der erste Theil des Buches bestimmt.

Bedeutende Hülfsquellen standen bei dessen Ausarbeitung zur Benutzung. Savigny's Schriften haben mehrere hier einschlagende Lehren zu einer früher kaum geahnten Klarheit gefördert. Die Arbeiten von Liebe und Gneist über die Stipulation zeichnen sich durch geistvolle Erfassung ihres Gegenstandes und eine reiche Sammlung exegetischen Materials aus. Die Condictiones sine causa hat Erxleben einer sehr gründlichen Behandlung unterzogen. Auch Windscheid's „Lehre von der Voraussetzung" war für die Arbeit nicht ohne Nutzen.

Bereitwillig erkenne ich daher an, dass meine Auseinandersetzung in wesentlichen Beziehungen auf fremde Forschung sich gründet. Erreicht dieselbe ihren Zweck, so begnüge ich mich insoweit gern mit dem Verdienste, die Gedanken Anderer praktisch nutzbarer gemacht, gleichsam das Gold, welches sie aus dem Schachte geholt, ausgemünzt zu haben.

In Mancher Augen wird aber vielleicht gerade die umgekehrte Thatsache der Entschuldigung bedürfen, dass auch in theoretischen Fragen die vorliegende Schrift eines Praktikers zum Theil eigene Wege verfolgt. Zwar kommen demjenigen, welcher längere Zeit das Recht berufsmässig im Leben und auf das Leben angewendet hat, auch wohl bei rein wissenschaftlichen Arbeiten manche Vortheile zu Statten. Die Gewöhnung an concrete Anschauung, die lebendige Verbindung, in welche Process und materielles Recht vor seine Augen tritt, die Mannigfaltigkeit der an ihm vorübergehenden Rechtsverhältnisse, an welchen die Formulirung der Rechtssätze sich erprobt, können ihn vor Fehlern bewahren, denen der Theoretiker leichter verfällt. Andererseits aber ist nicht zu leugnen, dass das in der langen Geschichte der Wissenschaft angewachsene Material zu bedeutend ist, als dass derjenige, welcher einem tieferen Studium nur Nebenstunden widmen kann, leicht zu einer vollen und sicheren Herrschaft darüber gelangte. So will ich denn auch von vornherein mich bescheiden, dass vielleicht auf theoretischem Gebiete mir manche Berichtigung zu Theil werden könne. Möchte dann aber wenigstens diese Schrift es bewirken, dass diejenigen, denen eine grössere historische Kraft zu Gebote steht, einmal an die hier angeregten praktischen Fragen herantreten; möchten sie jene Kraft dadurch als wirklich fruchtbringend bethätigen, dass sie die Aufgaben, welche sich ihnen auf diesem Felde darbieten, wahrhaft befriedigend, nicht aber, wie leider so oft geschehen, in einer Weise lösen, dass dem Leben, welches um Brod fleht, nur ein Stein geboten wird!

Das hier Gesagte gilt namentlich auch für die Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae. Ganz mich frei fühlend von der mit Recht getadelten Richtung, welche „im Vergleiche zu der treuen, liebevollen Aus-

bildung und befriedigenden Darstellung des schon Erforschten einen übertriebenen Werth legt auf die Erzeugung neuer Ansichten", hätte ich gern diesen wunden Fleck unserer Wissenschaft völlig unberührt gelassen. Der Zusammenhang gebot aber die Besprechung, und bei dieser Veranlassung konnte eine ausführliche Darstellung der eigenen, von der gemeinen Doctrin allerdings sehr abweichenden, Auffassung nicht umgangen werden.

Der zweite Theil der Schrift soll die praktische Anwendung der im ersten Theile dargelegten römischen Lehre aufweisen.

Wo auf die bestehende Praxis Bezug genommen ist, habe ich zunächst die der kurhessischen Gerichte in Gedanken gehabt, weil diese allein aus unmittelbarer Anschauung mir bekannt ist. Soweit übrigens Hülfsmittel zu Gebote standen, ist auch die Praxis anderer deutscher Länder mit in Vergleichung gezogen worden. Gerade diese Vergleichung ergiebt, dass der Gebrauch der verschiedenen Gerichte in den meisten Punkten der hier fraglichen Lehre nicht wesentlich von einander abweicht; so dass auch in dieser Hinsicht die Schrift auf den Charakter einer gemeinrechtlichen Anspruch machen kann.

Fulda, im Mai 1855.

Zur zweiten Auflage.

Die Thatsache, dass diese Schrift die für juristische Monographien selten gewordene Gunst erfährt, in zweiter Auflage erscheinen zu können, glaube ich als einen Beweis dafür nehmen zu dürfen, dass ich das vorbezeichnete Ziel, ein praktisches Buch zu schreiben, nicht gänzlich verfehlt habe. Denn nur dieser Richtung des Werkes vermag ich es beizumessen, wenn dasselbe zahlreiche Freunde gefunden und trotz mancher Hemmnisse seinen Weg sich gebahnt hat.

Treu dieser Richtung, habe ich auch bei der neuen Bearbeitung überall die praktischen Ziele im Auge behalten. Offen bekenne ich mich zu der Ansicht, dass alle Gelehrsamkeit werthlos ist, wenn sie dem Leben keine Früchte trägt.

Was die Bearbeitung im Einzelnen betrifft, so ist Vieles im Ausdrucke gebessert, Manches in der Anordnung oder Darstellung geändert, auch durch eine Reihe von Zusätzen der Gesichtskreis der Schrift erweitert worden. Theilweise konnte hierfür ein in dem zweiten Bande von

Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik des r. u. d. Privatrechts (1858) von mir veröffentlichter Aufsatz „Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag" benutzt werden. Zu einer eigentlichen Berichtigung früherer Ansichten bin ich nur in einzelnen untergeordneten Punkten gelangt.

Dass auch die inzwischen über den Gegenstand dieser Schrift erstandene umfangreiche Literatur bei der neuen Bearbeitung berücksichtigt werden musste, verstand sich von selbst. Gleichwohl wird, wenn nicht gerade alle Ansichten, welche für und wider sich geltend gemacht haben, hier berührt worden sind, dies schon in dem nothwendig für das Buch einzuhaltenden Umfange Entschuldigung finden.

So möge denn auch inmitten einer grossen inhaltsschweren Zeit diese auf dem still gepflegten Boden des Privatrechts erwachsene Schrift bei ihrem wiederholten Erscheinen eine bescheidene Stelle finden.

Cassel, im März 1867.

Zur dritten Auflage.

Im vierzigsten Jahre seit dem ersten Erscheinen dieses Buches hat der Verleger der zweiten Auflage es dienlich befunden, eine dritte Auflage zu veranstalten. Es hat mir am späten Abende meines Lebens zur Freude gereicht, ihm hierzu meine Zustimmung zu geben. Zu einer neuen Bearbeitung der Schrift habe ich keine Veranlassung gefunden. Nur hie und da sind kleine Aenderungen getroffen oder Zusätze gemacht worden. Die letzteren sind, so weit es darauf ankam, durch eckige Klammern gekennzeichnet. Ausserdem habe ich der Schrift in §. 71 einen Nachtrag beigefügt, der den Verlauf, den die Lehre in der Wissenschaft genommen hat, darzustellen bestimmt ist. Bei dessen Bearbeitung habe ich für eine wesentliche Unterstützung Herrn Professor Dr. Detmold in Göttingen zu danken. — Die veränderte Art des Druckes ist durch den Wunsch des Verlegers herbeigeführt, für das Buch einen möglichst niedrigen Preis setzen zu können und es dadurch weiteren Kreisen zugänglich zu machen.

So möge denn damit dieses Werk, das einen wesentlichen Theil meiner Lebensaufgabe gebildet hat, abgeschlossen sein.

Cassel, im Juni 1894.

O. Bähr.

Inhalt.

Einleitung (S. 1—7).

Seite
§. 1. Processualische Gefährdung und Sicherung der Rechte 1
§. 2. Wirksamkeit der processualischen Gefahr im römischen Rechte 4

Erster Theil.

Römische Grundlagen (S. 7—120).

Capitel I. Charakter der Stipulation.

§. 3. Die Vermögensübertragung und ihr Rechtsgrund 7
§. 4. Unabhängigkeit der Eigenthumsübertragung von ihrem Rechtsgrunde . . 9
§. 5. Abhängigkeit des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde . 11
§. 6. Die Stipulation erhebt das obligatorische Versprechen zur Unabhängigkeit von seinem Rechtsgrunde 15
§. 7. Bedingte Stipulation. — Stipulation mit Beziehung auf Dritte 17
§. 8. Formelle Natur der Stipulation 21

Capitel II. Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa.

§. 9. Verschiedene Ansichten über das Verhältniss der causa im Allgemeinen . 24
§. 10. Datum credendi, solvendi causa; datum ob causam im engeren Sinne . . 26
§. 11. Fortsetzung. Causa praeterita und futura 29
§. 12. Uebertragung der entwickelten Begriffe auf die causa stipulationis. — Creditum durch Stipulation — Novation 32
§. 13. Accessorische Stipulation . 36
§. 14. Stipulatio ob causam. — Resultate 40
§. 15. Wann stipulatio debiti, wann ob causam? 41
§. 16. Wann novirende, wann accessorische Stipulation? — Stipulatio Aquiliana 44

Capitel III. Einfluss der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation.

§. 17. Auslegung der Stipulation mit Rücksicht auf die causa 46
§. 18. Anfechtung der Stipulation wegen Mangels der causa. — Condictio ob causam datorum . 48
§. 19. Condictio indebiti . 53
§. 20. Natur der, der condictio indebiti gegenüberstehenden Anerkennung . . 58
§. 21. Beweisführung bei der condictio indebiti 61
§. 22. Die l. 25 D. de probationibus 63
§. 23. Die l. 25 D. de probationibus (Fortsetzung) 65
§. 24. Vergleichung des datum und promissum. Ausnahmen von der Gleichstellung beider . 70

Seite
§. 25. Anfechtungsmittel der Stipulation 75
§. 26. Verschiedenheit der Anfechtung je nach dem Causalverhältniss 77
§. 27. Fortsetzung. Exceptio non numeratae pecuniae 80
§. 28. Ergebnisse . 83

Capitel IV. Der Stipulation verwandte Rechtsgeschäfte.

§. 29. Formalcontracte des älteren Rechts. — Acceptilation 85
§. 30. Constitutum . 88
§. 31. Pactum de non petendo 91
§. 31a. Confessio in jure . 94
§. 32. Vergleich . 96

Capitel V. Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde.

§. 33. Absterben der Stipulationsform. — Einfluss des Fremdenverkehrs; des Urkundenbeweises . 97
§. 34. Natur des Urkundenbeweises überhaupt und insbesondere im röm. Rechte 100
§. 35. Stipulationsurkunden 105
§. 36. Assimilation der Stipulationsurkunde mit dem einfachen Schuldscheine . . 107
§. 37. Das Verhältniss zur Zeit Justinians 110

Capitel VI. Anfechtung der Schuldurkunde.

§. 38. Beweisführung über den subjectiven Bestand der causa. Cautio, quae indiscrete loquitur . 114
§. 39. Anfechtung der Schuldurkunde je nach Verhältniss der causa. — Exceptio n. n. pec. gegen Urkunden 119

Zweiter Theil.

Heutiges Recht (S. 121—256).

Capitel VII. Natur der heutigen Verträge.

§. 40. Materielle Verträge . 121
§. 41. Formelle Verträge . 124
§. 42. Causa der Verträge . 127

Capitel VIII. Der Anerkennungsvertrag.

§. 43. Die Anerkennung als Element der heutigen formellen Verträge 129
§. 44. Die Anerkennungserklärung als Anerkennungsvertrag 131
§. 45. Verwandte Rechtsinstitute 134

Capitel IX. Die Anerkennung als Grund der Ausschliessung einer Exception.

§. 46. Allgemeines. — Exceptio metus, doli, SCi Macedoniani, non impleti contractus . 139
§. 47. Exceptio temporis. Anerkennung eines Procurator und Cessionars . . . 143

Capitel X. Die Anerkennung in anderen als obligatorischen Beziehungen.

§. 48. Allgemeines . 147
§. 49. Personen- und Familienrecht 149
§. 50. Eigenthum — Jura in re aliena 154
§. 51. Erbrecht . 158
§. 52. Anerkennung fremder Dispositionsbefugniss, fremder Activ- und eigener Passivlegitimation . 165
§. 53. Anerkennung im Process 170
§. 54. Standpunkt der neueren Gesetzgebungen und deren Wissenschaft . . . 171

Capitel XI. Formen des Anerkennungsvertrags.

Seite
§. 55. Abrechnung . 173
§. 56. Abrechnung (Fortsetzung) 177
§. 56a. Einfache Anerkennungserklärung 182
§. 57. Rechnungsstellung . 183
§. 57a. Kaufmännisches Gutschreiben, Saldoziehen und Contocorrentstellen . . . 188
§. 58. Schuldschein und Quittung 191
§. 59. Schuldschein und Quittung (Fortsetzung) 194
§. 60. Schuldschein und Quittung (Fortsetzung) 196
§. 61. Schuldschein und Quittung (Fortsetzung) 198
§. 62. Schuldschein und Quittung. Urkunden, welche der exceptio n. n. p. unterliegen . 202
§. 62a. Schuldschein und Quittung. Der Darlehnsschein als reiner Schuldschein . 206
§. 63. Schuldschein und Quittung. Cautio indiscreta 211
§. 64. Schuldschein und Quittung. Dogmengeschichte 216
§. 65. Schuldschein und Quittung. Dogmengeschichte der cautio indiscreta . . 218
§. 66. Schuldschein und Quittung. Rechtsfälle 224
§. 67. Schuldschein und Quittung. Der moderne „Beweisvertrag“ 229
§. 68. Wechsel . 233

Capitel XII.

§. 69. Klage auf Anerkennung 236
§. 70. Schluss . 242
§. 71. Erfolg der Lehre (Nachtrag zur 3. Auflage) 243

Anhang.

Die exceptio non numeratae pecuniae (S. 257—294).

Abkürzungen.

Nachfolgende Werke finden sich ohne weitere Angabe der Titel unter dem Namen der Verfasser citirt:

F. E. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Fr. Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen (1840).
H. R. Gneist, die formellen Verträge des neuen römischen Obligationenrechts (1845).
Albr. Erxleben, die Condictiones sine causa:
I. Die Condictio indebiti (1850).
II. Die condictio causa data causa non secuta (1853).
B. Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (1850).
J. A. Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Gerichtliche Entscheidungen, welche ohne nähere Angabe der erkennenden Gerichte sich citirt finden, sind solche des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel und der Obergerichte zu Cassel und Fulda.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Einleitung.

§. 1.

Processualische Gefährdung und Sicherung der Rechte.

Es giebt in dem System des heutigen gemeinen Rechts eine Reihe von Geschäften, deren Zweck nicht sowohl darauf gerichtet ist, neue rechtliche Verhältnisse zu begründen, als vielmehr die Verfolgung bereits vorhandener im Rechtswege zu erleichtern und sicher zu stellen. Diese Rechtsgeschäfte sollen in dieser Schrift dargestellt und auf ihre theoretische Grundlage zurückgeführt werden.

Die Gefahren, von welchen das Recht bei seiner Verfolgung im Wege des Processes bedroht wird, sind doppelter Art. Einmal nämlich ist es möglich, dass dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der Thatsachen, auf welche das streitige Recht gegründet wird, nicht beschafft werden kann. Es ist aber auch möglich, dass der Richter die vollständig erkannten Thatsachen unrichtig beurtheilt. In dem einen wie in dem anderen Falle kann es geschehen, dass ein wirklich vorhandenes Recht wegen versagter richterlicher Anerkennung unwirksam bleibt.

Von diesen Gefahren werden die Vermögensrechte in verschiedenem Masse betroffen, je nachdem sie mehr oder weniger ausschliesslich auf den Schutz des Rechtswegs angewiesen sind, und ihre Grundlage einer mehr oder minder zweifelhaften Beurtheilung unterliegt. Das wichtigste aller Rechte, das Eigenthum, findet seinen nächsten, stärksten Schutz durch seine Ausübung selbst, den Besitz. Nicht allein, dass der Besitzer zunächst mittelst eigener physischer Macht seinen Besitz sich zu erhalten befugt ist und in Ausübung dieser Befugniss durch Bestimmungen des Strafrechts geschützt wird, sondern es sind auch mit dem Eigenthumsbesitz besondere Rechtsmittel verbunden, welche dem Eigenthümer den Genuss seines Rechts sichern, ohne dass er dieses sein Recht selbst in den Streit zu führen braucht. Aber auch da, wo das Eigenthumsrecht zur Contestation kommt, übt der Besitz seine schützende Kraft, indem er zunächst von der Nothwendigkeit der Eigenthumsnachweisung befreit, sodann aber auch, längere Zeit fortgesetzt, selbst Eigenthum erzeugt und dadurch die Grundlage für eine selbstständige Eigenthumsnachweisung

gewährt. Der Schutz, welchen hiernach der Besitz dem Eigenthum gewährt, ist um so bedeutungsvoller, als derselbe in den meisten Fällen auf unzweideutigen, andauernden oder sich wiederholenden Thatsachen beruht.

Ganz anders bei Forderungsrechten. Diese finden regelmässig ihren Schutz nur in der gerichtlichen Klage, welche aber nicht schon auf die bisherige Ausübung, sondern nur auf das Recht selbst gegründet werden kann. Die Thatsachen aber, welche dieses Recht begründen, pflegen von schnell vorübergehender Natur zu sein und keine dauernden Spuren zurückzulassen.

Es ergiebt sich hieraus, dass die Gefahren des Rechtswegs vorzugsweise das Gebiet der Forderungsrechte berühren. Innerhalb dieses Gebietes selbst aber sind dieselben nicht überall gleich. Betrachten wir die Verträge, als die wichtigste Quelle von Obligationen, so lassen diese in gedachter Hinsicht zwei Klassen unterscheiden. Diejenigen Verträge, deren Natur einen gleichzeitigen Austausch von Leistung und Gegenleistung gestattet, werden von jenen Gefahren minder schwer getroffen, weil jeder Theil seine Leistung bis zum Eintausch der Gegenleistung zurückhalten darf und daher nicht zu befürchten hat, ausser der versagten Leistung des Gegners auch den Werth seiner eigenen Leistung zu verlieren. Bei denjenigen Verträgen dagegen, nach deren Natur der eine Contrahent mit seiner Leistung vorangehen muss, ist der zuerst Leistende grösserer Gefahr ausgesetzt, da, wenn bei seinem Anspruch auf die Gegenleistung der Vertrag mit Erfolg bestritten wird, er in der Gegenleistung zugleich den Werth seiner Vorleistung einbüsst. Diese letzte Klasse von Verträgen lässt aber wieder einen Unterschied in der Gefährdung erkennen. Bei einem Theil derselben besteht die Gegenleistung in der Rückgabe der nämlichen Sache, welche Gegenstand der Vorleistung ist; durch letztere wird daher nur der natürliche Besitz, nicht das Eigenthum übertragen, und dem zuerst leistenden Contrahenten kommen daher, neben der persönlichen Klage, alle die Schutzmittel zu Gute, welche, abgesehen von der Innehabung, mit seinem fortdauernden Eigenthum und juristischen Besitze verbunden sind. Gegenüber stehen diejenigen Verträge, bei welchen die Vorleistung bestimmt ist, in dem Vermögen des Empfängers aufzugehen und nur in der Gestalt einer gleichartigen Leistung in das Vermögen des Gebers zurückzukehren. Hier besteht der einzige Schutz, welcher für das verlorene Eigenthum Ersatz schaffen kann, in der persönlichen Klage, welche an die Geltendmachung und Nachweisung des Obligationsverhältnisses geknüpft ist. Bei diesen Vertragsverhältnissen (an deren Spitze das Darlehn steht) treten daher die obengedachten Gefahren am stärksten hervor. Ein ähnliches Verhältniss kann aber auch aus den Verträgen der ersten Klasse hervorgehen, wenn bei ihnen der eine Contrahent, statt von der Möglichkeit gleichzeitigen Austausches Gebrauch zu machen, mit seiner Leistung vorangeht und diese vollständig in das Vermögen des andern überträgt, so dass der Anspruch auf die Gegenleistung als ein einseitiges Forderungsrecht zurückbleibt.

Es ist natürlich, dass, wer jene Gefahren kennt, denselben vorzubeugen bemüht sein wird. In dem Umkreis des vor uns liegenden Gebietes bieten sich hierzu zwei Mittel dar:

1) es können für die das Rechtsverhältniss begründenden Thatsachen zum voraus Beweismittel beschafft werden;

2) es kann dem Rechtsverhältniss eine neue Grundlage gegeben werden, welche statt der ursprünglichen processualisch zu wirken vermag.

Das letztere Hülfsmittel kann sowohl darauf berechnet sein, das Rechtsverhältniss aus einem zweifelhaften in ein minder zweifelhaftes umzuwandeln und dadurch dessen rechtliche Beurtheilung zu sichern, d. h. die zweite der oben (S. 1.) angedeuteten Gefahren zu vermeiden, als auch für den Zweck dienen, an die neugeschaffene Grundlage das erstere Hülfsmittel, einen sichernden Beweis, anzuknüpfen; wodurch dann zugleich der oben zuerst gedachten Gefahr begegnet wird.

Regelmässig werden jene Sicherungsmittel, insbesondere aber das zweite, nur unter Mitwirkung derjenigen Person, welcher gegenüber sie wirken sollen, beschafft werden können. Da nun das Eigenthum, so lange es mit dem Besitz verbunden und unbestritten ist, eine bestimmte Person, von welcher ihm Verletzung drohte, gar nicht erkennen lässt, so ergiebt sich hieraus, dass dasselbe einer solchen Sicherung, ebenso wie nach dem Obigen minder bedürftig, auch minder fähig ist. Bei der Obligation dagegen erweist sich sofort die Person des Schuldners als diejenige, von welcher allein eine Verletzung des Rechtes ausgehen kann, und welche daher zu dessen Sicherung heranzuziehen ist, so dass hier das obwaltende Bedürfniss mit der Möglichkeit der Sicherung Hand in Hand geht. Die gedachten Sicherungsmittel sind daher vorzugsweise im Obligationenrechte zu Hause. Fragen wir, was den Schuldner bestimmen könne, zur Beschaffung jener Sicherungsmittel mitzuwirken (z. B. einen Schuldschein auszustellen): so kann es allerdings bloses Rechtlichkeitsgefühl sein. Oft wird er aber auch durch sein eigenes Interesse dazu genöthigt werden, indem nur unter dieser Bedingung der Gläubiger sich bereit findet, das Obligationsverhältniss einzugehen oder fortzusetzen. Für die rechtliche Bedeutung des Sicherungsmittels erscheint dieser Beweggrund freilich gleichgültig. Nur wird man vielleicht von Seiten der Wissenschaft solche Geschäfte von vornherein ernster aufzufassen geneigt sein, wenn man sich klar macht, dass dieselben öfters die wesentliche Bedingung des Creditgebens bilden und daher auch volkswirthschaftlich von höchster Bedeutung sind.

Neben den oben erwähnten Gefahren waltet in Obligationsverhältnissen noch eine weitere Gefahr ob, darin bestehend, dass der Schuldner durch Verlust seines Vermögens dem Gläubiger die Befriedigung entziehe. Auch diese Gefahr steigert sich nach Verhältniss der hervorgehobenen Arten von Forderungsrechten. Auch gegen sie pflegen Sicherungsmittel beschafft zu werden, welche oft mit den oben gedachten in Verbindung stehen. Gleichwohl sind beide Gefahren wesentlich verschiedene. Jene liegen auf dem Wege zwischen Klage und Urtheil, diese zwischen Urtheil und Vollziehung. Dem entsprechend kann man auch zwischen processualischen und materiellen Sicherungsmitteln unterscheiden. Letztere bestehen in der Bestellung von Bürgen und Pfändern.

Nur die zur processualischen Sicherung dienenden Rechtsgeschäfte fallen in den Bereich dieser Schrift. Um sie richtig zu würdigen, erscheint ein Zurückgehen auf das römische Recht erforderlich.

§. 2.

Wirksamkeit der processualischen Gefahr im römischen Rechte.

Den Römern waren die Gefahren des Processes sehr wohl bekannt. Ganze Rechtsinstitute, die Litisdenunciation, der Vergleich, die Lehre von der Rechtskraft, weisen darauf hin.[1]) Auch die grösseren Gefahren der Obligationsverhältnisse blieben bei ihnen nicht ungewürdigt. Namentlich erblickten sie in der Eingehung gewisser Verträge ein besonderes Vertrauen, welches der Ausdruck „credere" bezeichnet. Es sind dies dieselben Verträge, welche oben als die verhältnissmässig mehr gefährdeten bezeichnet wurden, wo nämlich der eine Theil seine Sache hingiebt, um sie erst später zurückzuerhalten.[2]) Im engsten und vorzüglichsten Sinne aber bezeichnet creditum die Fälle, wo diese Hingabe mit Eigenthumsübertragung verbunden ist, also das Darlehn und die darlehnartigen Geschäfte.[3]) Diesen werden dann auch die anderweiten Vertragsverhältnisse zugerechnet, wenn bei ihnen durch Willkür der Contrahenten ein ähnliches Verhältniss erzeugt ist.[4]) Der grösseren Gefahr dieses credere im engsten Sinne entsprach der besondere Schutz durch die stricti juris actio (condictio), als Surrogat der aufgegebenen rei vindicatio.[5])

Vorzugsweise aber erwiesen die erwähnten Gefahren ihren Einfluss in der Beschaffung von Sicherungsmitteln zu ihrer Vermeidung. Der allgemeine Name für diese Sicherungsmittel ist „cautio", ein Wort, dessen Ursprung schon den Zweck klar bezeichnet, dessen Bedeutung aber eben deshalb so vielfältig ist, wie die Gefahren, gegen welche cavirt werden soll. Es fällt unter diese Bezeichnung: [6])

1) eine Stipulation, als dasjenige Rechtsgeschäft, welches dazu bestimmt war, den Rechtsverhältnissen eine neue selbständige Grundlage zu geben;

1) Auch der Satz: Minus est actionem habere quam rem (l. 204 de R. J.) und seine häufige Anwendung (l. 8 pr. de leg. III. l. 70 de leg. II. l. 11 de lib. leg. l. 15 de fidej. l. 51 de pecul.) ist hierher zu rechnen, wenn gleich dabei die Gefahr der Executionsinstanz mitberücksichtigt war. — Beide Gefahren werden nebeneinander erwähnt in l. 46 de pact. 2, 14. — quum liceat sui juris persecutionem, aut spem futurae perceptionis deteriorem constituere.

2) l. 1. l. 2. §. 3. de R. C. 12, 1.

3) l. 24 §. 2 de reb. auct. jud. 42, 5: Aliud est credere, aliud deponere.

4) „In creditum abiit" l. 5. §. 18. de trib. act. 14, 4; l. 3 §. 3 de SCo. Mac. 14, 6; l. 31. loc. cond. 19, 2.

5) Savigny, V. S. 514 flg. — Gewöhnlich denkt man hierbei nur an die grössere materielle Gefahr des creditum, welche sich an die mögliche Insolvenz des Schuldners anknüpft. Die rei vindicatio, wo sie neben der persönlichen Klage fortbesteht, gewährt aber auch eine processualische Sicherheit, da sie für die Wiedererlangung der Sache einen zweiten selbständigen Klaggrund abgiebt. Auch die Definition des „credere" als „alienam fidem sequi" (l. 1 de R. C.; §. 41 J. de rer. div. 2, 1) weist gleichmässig auf beide Gefahren hin. Denn eine Verletzung der fides, welcher der creditor Folge giebt, liegt nicht allein in der Entäusserung des Vermögens, welche die Befriedigungsmittel entzieht, sondern auch in der böslichen Bestreitung der Schuld, welche den Gläubiger nöthigt, sich den Gefahren des Processes zu unterziehen.

6) Zahlreiche Belege für diese verschiedenen Bedeutungen s. Gneist S. 233 flg. u. Brissonius, de verb. sign. s. v. cavere u. satisdare.

2) eine Urkunde, welche als Zeugniss des Geschehenen diente;

3) eine materielle Sicherstellung durch Bürgen oder Pfand — „satisdatio".

Nur an eine Sicherung der letzten Art pflegen wir zu denken, wenn im heutigen Rechtsverkehr von „Cautionsleistung" die Rede ist. Für das Verständniss der Quellen müssen wir diese Anschauung ganz aufgeben. Die Umstände allein können entscheiden, ob in dem einzelnen Falle unter cautio blos eine processualische, oder eine materielle Sicherheitsstellung begriffen sei. Im Zweifel soll sogar nach einer (jedoch nur für die Auslegung von Testamenten) von Justinian gegebenen Constitution[7]) unter cautio nur eine nuda promissio[8]) verstanden werden. In der Regel finden wir da, wo eine materielle Sicherung gemeint ist, dies besonders hervorgehoben.[9])

Den Ausgangspunkt dieses ganzen Cautionswesens aber bildete die Stipulation. Auch da, wo eine materielle Sicherung eintrat, pflegte sie, als nächstes processualisches Sicherungsmittel, nicht leicht zu fehlen.[10]) Ihre Bedeutung im Allgemeinen bezeichnen folgende Stellen:

Paulus, rec. sent. V. 7. §. 1. Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollennitate concipiuntur; et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum appellaverunt.

l. 1. §. 4 de stipulat. praet. (46, 5.) Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

In den älteren römischen Zeiten, wo die Grundsätze des materiellen Rechtes noch vielfach unentwickelt und zweifelhaft waren, mochte der Stipulation die umfassendere Bedeutung zukommen, ein wirklich (objektiv) zweifelhaftes Recht in den sichernden Schutz einer unzweifelhaft wirkenden Form aufzunehmen. Später, als jene Rechtslehren sich mehr und mehr befestigt hatten, trat an die Stelle objektiven Zweifels öfters die Schwierigkeit der processualischen Erkenntniss; und die Stipulation diente nun dazu, für das materielle Verhältniss ein Surrogat zu schaffen, welches einem einfachen und sicheren Beweise unterlag. Sie verband sich zu diesem Zwecke mit der Urkunde, und gewann in dieser Verbindung (als Stipulationsurkunde, vorzugsweise „cautio" genannt), eine Bedeutung, kraft welcher sie unmittelbar in das heutige Recht hereinragt.

7) c. 3 de verb. et rer. sign. 6. 38.

8) „Promissio" oder „repromissio" ist der technische Ausdruck für Stipulationsversprechen; und „nuda promissio" ist daher blose Stipulation ohne fidejussio (cf. l. 1 §. 5. de stipulat. praet. 46, 5).

9) „Cavere cum satisdatione", „per fidejussorem", „cautio vel satisdatio", „idonee cavere". Cf. Brisson. l. c.

10) Savigny VI. S. 30 Note o. — So z. B. behandelt der ganze Titel: usufructuarius quemadmodum caveat (7, 9) die vom Usufructuar zu leistende Stipulation (l. 1 pr. §. 1 l. 4, l. 7); nur nebenbei besagen l. 5 §. 1 und l. 7 pr. eod., dass eine satisdatio zu leisten sei.

Die hier im Allgemeinen skizzirte Wirksamkeit der Stipulation näher darzustellen, bildet die Aufgabe des ersten Theils dieser Schrift. Es wird darauf ankommen, die sichernde Kraft derselben und der ihr verwandten Rechtsgeschäfte zunächst nach der Bedeutung, welche das classische Recht ihnen beilegte, kennen zu lernen, hiernächst aber den historischen Verlauf jener Rechtsinstitute bis auf Justinian zu verfolgen.

Auf dieser Grundlage soll dann im zweiten Theile die Lehre aufgebaut werden, deren Darstellung den eigentlichen Zweck dieser Schrift bildet.

I. Römische Grundlagen.

Capitel I.

Charakter der Stipulation.

§. 3.

Die Vermögensübertragung und ihr Rechtsgrund.

Um den Charakter der Stipulation kennen zu lernen, müssen wir auf die Verschiedenheit des Verhältnisses zurückgehen, in welchem Vermögensübertragungen überhaupt zu dem rechtlichen Bestimmungsgrunde stehen, kraft dessen sie in der Seele der handelnden Personen wurzeln. Von den verschiedenen Arten der Vermögensübertragung sollen hier nur die wichtigsten in Betracht gezogen werden, nämlich die Uebertragung von Eigenthum und die Begründung einer Obligation. Die Obligation gewährt zwar nicht, wie das Eigenthum, einen sofortigen reellen Genuss; und von diesem mehr materiellen Gesichtspunkte aufgefasst, erscheint sie nur als die Vorbereitung eines durch ihre Lösung zu realisirenden Erwerbs. Indem sie aber zu dieser Lösung mit Rechtsnothwendigkeit hinführt, lässt sich die Obligation schon an und für sich als Vermögensobject, ihre Begründung als Vermögensübertragung betrachten. [1])

Eine jede Vermögensübertragung nun, mag dieselbe in der Einräumung eines Sachenrechtes, in der Constituirung eines Forderungsrechtes oder worin sonst bestehen, steht in nothwendiger Rückbeziehung zu einer juristischen Function, welche sie auszuüben bestimmt ist. Ich will diese Function vorläufig causa nennen, vorbehaltlich einer bald zu gebenden engeren Bestimmung dieses Begriffes. Der allgemeinste Gegensatz im Gebiete dieser causa besteht darin, dass die Vermögensübertragung entweder Selbstzweck sein, oder noch zu etwas ausser ihr Liegendem in Beziehung stehen kann. Im ersten Falle stellt sie sich unter den Begriff der Schenkung. Derjenige schenkt, qui propter nullam aliam causam dat, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat, [2]) welcher also

1) In diesem Sinne heisst es (l. 15 de R. J.): Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. Vergl. auch l. 49 u. l. 143 de. V. S.
2) l. 1 pr. de donat. 39, 5.

eine Vermögenszuwendung um ihrer selbst willen vornimmt. Der Charakter der Schenkung besteht demnach in der Identificirung der Vermögensübertragung mit ihrem Zwecke, mithin in der Negation einer anderweiten causa; diese bewusste Negation wird subjectiv selbst zu einer causa. Der Schenkung gegenüber stehen die manichfachen Fälle, wo die Vermögenszuwendung um eines ausser ihr liegenden Zweckes willen vorgenommen wird, also eine positive causa vorhanden ist.

Da hiernach die juristische Function einer Vermögensübertragung sowohl in der bewussten Position, als in der bewussten Negation eines ausser ihr liegenden Zweckes bestehen kann, mit diesen beiden Alternativen aber überhaupt die Fälle erschöpft sind, in welchen ein bewusstes Handeln sich denken lässt: so folgt daraus von selbst, dass die Verbindung einer jeden Vermögensübertragung mit einem sie bestimmenden juristischen Zwecke nicht etwas Zufälliges, sondern eine nothwendige Folge des bewussten Handelns ist. Wer Eigenthum überträgt oder empfängt, wer ein Forderungsrecht constituirt, muss nothwendig wissen, warum er dies thut, ob damit nur der Empfänger bereichert, also beschenkt werden, oder ob dadurch z. B. das Recht auf eine Gegenleistung begründet, eine Verbindlichkeit getilgt werden soll. Die Annahme, dass dieses Bewusstsein bei einem solchen Acte fehle, würde denselben sofort zu einem „sinn- und gedankenlosen Handeln," zu einem „Act willenloser, wie im Traume handelnder Personen" [3]) stempeln, und damit aus der Sphäre des juristischen Handelns ausscheiden. Es muss ferner bei jeder der an einer Vermögensübertragung Theil nehmenden Personen jenes Bewusstsein sich unwillkürlich darauf erstrecken, dass über den juristischen Zweck der Vermögensübertragung gegenseitiges Einverständniss obwalte. Denn da jeder von den Beiden weiss und wissen muss, dass jener Zweck nur zufolge gegenseitigen Einverständnisses zu erreichen stehe, so kann er diesen Zweck nur dann in Wahrheit wollen, wenn er ein solches Einverständniss unterstellt. Auch derjenige, welcher täuscht, giebt sich wenigstens den Schein dieser Unterstellung, und muss sich gefallen lassen, nach diesem Schein beurtheilt zu werden.

Die Rückbeziehung der Vermögensübertragung auf einen juristischen Zweck bildet die subjective Seite der causa. Für sie ergiebt sich aus Vorstehendem die Regel: die causa im subjectiven Sinne ist eine psychologische Nothwendigkeit. [4]) Von einem Mangel der-

3) Gneist S. 122, Liebe S. 124.

4) Uebereinstimmend hiermit Arndts, Krit. Ueberschau II. S. 237. Witte, Bereicherungsklagen S. 53. Ferner: Windscheid, Lehrb. d. Pand. Rechts II. §. 318 N. 1 (wo ein entsprechender Ausspruch Cicero's citirt wird;) Ihering, Geist d. röm. Rechts III. S. 204. — Dagegen erklärt v. Salpius (Novation und Delegation nach römischem Recht, S. 215 N. 4) jene Aeusserungen für schief und sachverkennend, da im Blödsinn, im Schlaf oder Scherz man überhaupt nicht mit rechtlichem Erfolge handeln könne, vielmehr auch die blosse Eigenthumsübertragung den bewussten und ernstlichen Willen der Contrahenten erfordere. Das bestreitet ihm gewiss Niemand. Vielmehr wollen jene Aeusserungen nur besagen, dass gerade deshalb, weil die Eigenthumsübertragung etc. schon an sich einen bewussten Willen voraussetzt, da, wo eine solche vorliegt, auch auf die nothwendige Ergänzung dieses bewussten Willens, die Rückbeziehung auf eine

selben kann niemals die Rede sein, so lange man mit juristisch willensfähigen Personen zu thun hat. Jener Mangel würde mit der Sinnlosigkeit der die Vermögensübertragung darstellenden Handlung selbst zusammenfallen.

Gelangt nun der juristische Zweck, um dessen willen eine Vermögensübertragung vorgenommen wird, zur objectiven Realität, so gestaltet sich dieser zum juristischen Grund der Vermögensübertragung, causa im objectiven Sinne. Es ist aber auch möglich, dass objectiv der juristische Zweck der Vermögensübertragung nicht erreicht wird; sei es, dass das unterstellte Einverständniss über den juristischen Zweck zwischen den handelnden Personen in Wirklichkeit nicht stattfindet, oder dass das objective Verhältniss, zu welchem jener Zweck in Beziehung steht, in der That nicht zutrifft, oder dass der Zweck ein gesetzlich reprobirter ist. Man kann diese Hindernisse unter der Bezeichnung: Mängel der causa im objectiven Sinne, zusammenfassen. Welche Wirkung hat nun ein solcher Mangel auf den Act der Vermögensübertragung selbst?

§. 4.
Unabhängigkeit der Eigenthumsübertragung von ihrem Rechtsgrunde.

Wir wollen diese Frage zunächst in Beziehung auf die Uebertragung von Eigenthum, also für die Tradition beantworten. Diese überträgt das Eigenthum der Regel nach unabhängig von dem objectiven Bestand ihres Rechtsgrundes. Der übereinstimmende, auf Eigenthumsübertragung gerichtete Wille genügt, um diese Wirkung hervorzubringen:

§. 40. J. de rer. div. (2, 1). Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. [1])

Dass namentlich das gegenseitige Missverständniss über das mittelst der Tradition zu realisirende Rechtsgeschäft den Eigenthumsübergang nicht hindere, wenn nur jeder Theil ein auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Rechtsgeschäft als Grund der Tradition im Sinne hatte, finden wir ausdrücklich anerkannt in l. 36 de acq. rer. dom.[2]) Auf der Annahme, dass der Mangel des vorausgesetzten Grundes der Tradition diese nicht unwirksam mache, beruht der grösste Theil der Condictionenlehre. Selbst auf den Grund gesetzlich missbilligter Geschäfte überträgt die Tradition das Eigenthum, wie die Lehre von der condictio ob turpem vel injustam causam ausweist. Nur ausnahmsweise wirkt das gegen das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gerichtete Verbot zugleich annullirend auf den Eigenthumsübergang; so namentlich bei den Schenkungsverboten.

bewusste causa, geschlossen werden müsse. — Wir werden unten sehen, wie sich dieses Missverständniss bei Salpius rächt.

1) Entnommen aus Gajus. l. 9, §. 6 de acq. rer. dom. 41, 1.

2) — constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. — Freilich steht diese Stelle von Julian mit einem Ausspruche Ulpians in l. 18 de R. C. (12, 1) in einem bisher noch ungelösten Widerspruche. Darüber aber, dass dem Princip nach nur der Ausspruch Julians als entscheidend betrachtet werden könne, ist man einig. Vergl. Puchta, Instit. II. §. 241 g.

Wenn gleich hiernach der objective Bestand der causa für die Tradition an sich gleichgültig erscheint, so wird derselbe doch für diese von einer andern Seite her von Bedeutung. Da nämlich die Einräumung des Besitzes eine Handlung ist, welche sowohl zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, als auch zu anderen Zwecken vorgenommen werden kann, so bedarf es bei ihr noch des jedesmaligen besonderen Beweises eines auf Eigenthumsübertragung gerichteten Willens, welcher vernünftiger Weise nur durch die subjective Beziehung auf eine entsprechende causa zu begründen steht. Zum Beweise dieses Willens ist nun die Nachweisung des objectiven Bestandes einer die Eigenthumsübertragung rechtfertigenden causa ohne Zweifel sehr geeignet, indem derselbe in der Regel ohne Weiteres die Annahme gestatten wird, dass die Tradition auch subjectiv zu dieser causa in Beziehung stehe und deshalb mit der Absicht, Eigenthum zu übertragen, verbunden gewesen sei. Nur aus diesem Gesichtspunkte kann es aufgefasst werden, wenn Paulus in l. 31 pr. de acq. rer. dom. sagt:

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. [3])

Dieselbe Ungenauigkeit des Ausdrucks, welche hier die justa causa, als etwas Objectives, mit der subjectiven Beziehung auf eine solche, verwechselt, pflegt vorzukommen, wenn heutzutage zur Nachweisung des Eigenthums der Beweissatz dahin gestellt wird: „dass Kläger die Sache gekauft und überliefert erhalten habe. [4]) Genauer würde der Satz dahin gefasst werden: „dass Kläger zum Zwecke der Erfüllung eines (vorausgesetzten) Kaufs die Sache überliefert erhalten.“ Dass die Bedeutung der causa für die Tradition ihren Grund nur in der mehrdeutigen Natur der letzteren hat, leuchtet sofort ein, wenn wir an Stelle derselben ein Rechtsgeschäft denken, welches schon seiner Form nach auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist, wie die mancipatio und in jure cessio des älteren Rechtes. Bei ihnen konnte von der Nothwendigkeit, eine causa nachzuweisen, nicht die Rede sein.

Die Tradition als Eigenthumsübertragung bildet somit einen von ihrem juristischen Grunde — diesen als etwas Objectives gedacht — völlig getrennten und in ihrer nächsten Wirkung unabhängigen Rechtsact.

Das hier dargelegte Verhältniss giebt nun zugleich das Material ab, um den Begriff von causa festzustellen. Causa heisst der juristische Grund einer Vermögensübertragung gerade und ausschliesslich alsdann, wenn letztere — wie die Eigenthumsübertragung durch Tradition — zu ihrem Grunde im Verhältnisse der Trennung und Unabhängigkeit, man kann sagen als abstracte Vermögenszuwendung, dasteht. In diesem Falle aber bezeichnet causa sowohl die subjective als die objective Seite der Sache, sowohl den juristischen Zweck als den juristischen Grund [5]).

3) Uebereinstimmend hiermit: Ulpian 19, §. 7. Gaj. II. §. 20. Vergl. Donell. Com. IV. c. 16. Savigny, Oblig. Recht. II S. 254 flg.

4) Aehnlich in l. 9 §. 4 de acq. rer. dom. — si is rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.

5) So z. B. l. 23 §. 3 de cond. ind. — neque repeti solet, quod ob causam datum est, causa secuta; wo causa zuerst im subjectiven, zuletzt im objectiven Sinne steht.

Man hat das abgeschwächte Verhältniss, in welchem die causa zu der durch sie veranlassten Vermögensübertragung steht, auf einen allgemeinen Begriff zurückzuführen versucht und gesagt: die causa bildet die Voraussetzung der Vermögenszuwendung; [6]) die Voraussetzung aber, im Gegensatz zur Bedingung, charakterisirt sich dadurch, dass bei jener ein wirklicher, vollendeter, bei dieser ein unvollendeter Willen zu Tage tritt. Die gewählte Bezeichnung scheint mir völlig passend, und bei der dringenden Nothwendigkeit, sich auf diesem zum Theil verworrenen Gebiete fester Kunstausdrücke zu bedienen, sollte die Wissenschaft dieselbe dankbar acceptiren.

Der Gegensatz von Voraussetzung und Bedingung lässt nun auch erkennen, welchergestalt die Tradition ausnahmsweise zu ihrem Rechtsgrund in ein Abhängigkeitsverhältniss gesetzt werden kann. Es geschieht dies dadurch, dass der Thatbestand des Rechtsgrundes, statt als causa zu dienen, zur Bedingung der Eigenthumsübertragung erhoben wird. Dies bedarf aber bei der Tradition in der Regel eines ausdrücklichen Vorbehalts. Nur bei einzelnen Rechtsinstituten nimmt das Gesetz ohne Weiteres die Hingabe unter Beziehung auf ein bevorstehendes Ereigniss als durch dessen Eintritt bedingt an. So bei der mortis causa donatio, nach deren vollständigerer Entwicklung der frühere Tod des Schenkgebers nicht als Voraussetzung, sondern als Bedingung der Eigenthumsübertragung gilt, und demgemäss, wenn dieser Tod nicht eintritt, die Vindication der Sache zugelassen wird. [7])

§. 5.

Abhängigkeit des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrund.

Betrachten wir die Vermögensübertragung, welche mittelst Constituirung eines Forderungsrechtes vor sich geht: so müssen wir hier auf das Element der Obligation, das einfache Versprechen, [1]) zurückgehen. Denken wir, A. verspricht dem B. 100 Thaler zu zahlen, und B. nimmt dieses Versprechen an. Insofern hieraus eine klagbare Verbindlichkeit entstände, würde dadurch der Werth von 100 Thlr. dem Vermögen des B. zugewendet sein. An sich würde also das einfache Versprechen als Grund der Vermögensübertragung genügen. Aber dieses einfache Versprechen kann eben so wenig, als die Uebertragung von Eigenthum, für sich allein im Leben dastehen. In der Seele der mit Bewusstsein handelnden Personen hat es seine nothwendige Wurzel in einer ihm gegebenen rechtlichen Bestimmung. Wenn also A. dem B. 100 Thaler verspricht, so müssen Beide wissen und im gegenseitigen Bewusstsein begriffen erachten, warum

Die subjective causa wird auch durch animus, mens bezeichnet. Man sagt z. B., es sei animo donandi, mente solventis gegeben.

6) Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der „Voraussetzung“ 1850.

7) Savigny IV. §. 171. b. u. d.

1) Unter einfachem Versprechen verstehe ich nicht gerade das formlose isolirte Versprechen, sondern das Versprechen an sich, unangesehen der Frage nach dessen Form und nach dessen Stellung zu seinem Rechtsgrunde. Acceptation wird überall vorausgesetzt.

sie dieses Versprechen leisten und annehmen; ob dasselbe nur um der in ihm enthaltenen Vermögenszuwendung selbst willen (als Schenkung), oder ob es in Beziehung auf eine Gegenleistung, z. B. für das Gegenversprechen einer Waare oder für die Uebertragung einer gleichen Summe Geldes (als Bestandtheil eines Kauf- oder Darlehnvertrags) gegeben werde. Während wir nun die Tradition als einen von ihrem juristischen Grunde getrennten, und daher auch von dessen objectivem Bestand zunächst unabhängigen Willensact kennen lernten, stellt sich gerade umgekehrt in der ursprünglichen Erscheinung des Obligationsverhältnisses — ich will dieses Stadium den natürlichen Bestand der Obligation nennen [2]) — das einfache Versprechen als ein von der rechtlichen Beziehung, in welcher es steht, ungetrennter Willensact dar. Wenn ich einen Kaufvertrag abschliesse, so verspreche ich den Kaufpreis nur insofern, als der Andere sich mir zur Leistung der Waare verbindlich macht. Bei Eingehung eines Darlehnvertrags verspreche ich die Rückzahlung des Geldes nur insofern, als dieses Geld in mein Eigenthum übertragen wird. [3])

Wo also (wie z. B. beim Kauf) ein Versprechen gegen ein anderes gegeben wird, da steht jedes zu dem andern in dem Verhältniss der Rückbeziehung; keines derselben hat ein selbständiges Leben; jedes existirt nur mit und in dem andern. Das Vertragsverhältniss gleicht einem Kartenhause, in welchem jede der beiden Karten nur dadurch steht, dass sie sich an die andere anlehnt. Auch die Doppelbezeichnung, welche hier einschlagende Contracte je nach dem Standpunkt des einen oder andern Contrahenten führen, kann nicht aus einer gegentheiligen Auffassung hergeleitet werden. Emtio ist nicht das Versprechen von Geld, venditio nicht das Versprechen einer Waare; beide sind vielmehr der rechtlich ungetheilte Act des Versprechens von Geld gegen Waare und Waare gegen Geld. Wenn also der Verkäufer (z. B. wegen der dem Käufer bekannten Unmöglichkeit, die Waare zu leisten) nicht obligirt wird: so ist das ganze Geschäft ungültig, d. h. auch der Käufer ist nicht schuldig, den Kaufpreis zu zahlen, mag er ihn gleich wissentlich ohne Grund versprochen haben. [4]) Wenn ein Pupill ohne Autorität des Vormundes einen Kauf abschliesst: so ist zunächst das von ihm gegebene, folgeweise aber auch das von seinem Mitcontrahenten ertheilte Versprechen ungültig; erst durch Genehmigung

2) Diese Bezeichnung entspricht der Ausdrucksweise des römischen Rechts; vergl. l. 126 §. 2 de V. O. 45, 1. — „non est dicendum, recessum a naturali obligatione etc.“, wo naturalis obligatio ganz das nämliche bedeutet.

3) Das Vorhandensein des obligirenden Versprechens in diesen Rechtsgeschäften darf nicht deshalb verkannt werden, weil dasselbe oftmals nicht ausdrücklich hervortritt, sondern in dem Namen des Rechtsgeschäfts sich versteckt. So liegt in der Annahme einer Summe als „Darlehn“ das Versprechen der Rückzahlung von selbst. Der scheinbar einfache Act löst sich juristisch in die Hingabe von Geld und das Versprechen der Rückzahlung auf.

4) l. 57 §. 3; l. 70 de contr. emt. 18. 1. l. 16 eod: Suae rei emtio non valet, sive sciens, sive ignorans emi; sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit. Die hervorgehobenen Worte lassen den Gegensatz zwischen Ungiltigkeit des Kaufs und Anfechtbarkeit der geschehenen Zahlung erkennen.

des Vormundes erhält der Contract Gültigkeit. Diese Genehmigung kann aber nicht für das empfangene Versprechen ertheilt, für das gegebene versagt werden; der Vormund kann nur beide ungetrennt annehmen oder verwerfen.[5])

Diese innige Verbindung der beiden Versprechen ist es, worauf die Römer, wie ich glaube, durch das Wort συνάλλαγμα[6]) hinweisen. Ich werde mich daher des Ausdruckes „synallagmatische Beziehung" bedienen, um das jener Verbindung eigenthümliche Verhältniss der Abhängigkeit, des Anlehnens, zu bezeichnen, in welchem das obligatorische Versprechen zu seinem Rechtsgrunde steht.

Wo das einfache Versprechen zu einer Uebertragung von Eigenthum in Beziehung tritt (also namentlich beim Darlehn), behalten beide ihren eigenthümlichen Charakter: die Eigenthumsübertragung geht vor sich unabhängig von dem Erwerb der Obligation; die Obligation wird nur erworben, wenn das Eigenthum wirklich übertragen wird. Die Eigenthumsübertragung entnimmt daher aus der Obligation ihre causa; das Versprechen lehnt sich an die Eigenthumsübertragung synallagmatisch[7]) an. Wenn also ein Pupill, der ohne Autorität des Vormundes nur erwerben, nicht veräussern kann, für sich allein einem Volljährigen ein Darlehn giebt, so ist, da das Eigenthum des Geldes nicht übergeht, auch für den Volljährigen eine Darlehnsverbindlichkeit nicht entstanden; das Geld unterliegt daher der Vindication, und erst durch dessen Consumtion tritt eine dem Darlehn analoge Obligation aus der Bereicherung ohne Grund ein.[8]) Wenn dagegen der Pupill ohne Vormund ein Darlehn von dem Volljährigen empfängt, so ist zwar sein Versprechen der Rückzahlung unverbindlich,[9]) gleichwohl aber das Eigenthum auf ihn übergegangen; das Geliehene kann daher nicht vindicirt, sondern nur condicirt werden; letzteres jedoch nicht ex mutuo, sondern nur insoweit, als sich dadurch das Vermögen des Pupillen noch zur Zeit vermehrt findet.[10])

Der hier besprochene Zusammenhang des einfachen Versprechens mit seinem Rechtsgrunde hat nun auch die Folge, dass dasselbe nicht für sich, sondern nur in Verbindung mit letzterem zur processualischen

5) Savigny III. S. 40 Note c. Vergleiche auch l. 1 de rescind. vend. 18, 5.

6) l. 19 de V. S. 50, 16. — contractum (esse) ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλάγμα vocant, veluti emtionem venditionem, locationem conductionem, societatem.

7) l. 7 §. 2 de pactis 2, 14. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. — Es war hier die durch die actio praescriptis verbis repräsentirte obligatio, welche sich an das datum ob causam, sowie beim Kauf Versprechen an Gegenversprechen, beim Darlehn Versprechen an Zahlung, anschloss.

8) §. 2 J. quib. alien. 2. 8. l. 19 §. 1 de R. C. 12. 1. l. 14 §. 8. de sol. 46, 3.

9) Wenigstens civiliter. Savigny Obl. R. I. S 65 flg. Die Entstehung der Natural-Obligation ist aber keinesfalls der Grund des Eigenthumsübergangs, wie die Analogie der einem Pupillen geleisteten solutio ausweist, wo das Eigenthum übergeht, obwohl von einer „Natural-Lösung" nicht die Rede sein kann. S. §. 10 II.

10) §. 2 J. quib. alien. lic. 2, 8. l. 15. l. 95 §. 2 de solut. 46, 3.

Geltung gebracht werden kann; mit anderen Worten: um aus einem Versprechen klagen zu können, ist die Darlegung des Contracts erforderlich, welchem das Versprechen angehört. Diese Annahme des röm. Rechtes [11]) lässt sich in diesem auch nicht etwa auf die beschränkte Klagbarkeit der Verträge zurückführen, sodass es der Nachweisung des juristischen Grundes des Versprechens bedurft hätte, um zu erkennen, ob dasselbe einem überhaupt klagbaren Contracte angehöre. Denn sonst würde das einfache Versprechen, obschon es von jedem der beiden Contrahenten auf einen anderen Rechtsgrund bezogen wäre, doch Klagbarkeit gehabt haben, wenn es nur in jeder der unterstellten Verbindungen einen klagbaren Contract abgegeben hätte; es würde also z. B. das angenommene Versprechen, 100 zu zahlen, wobei der eine Contrahent die Vermiethung, der andere den Verkauf einer Sache als Gegenleistung im Sinne gehabt, bei der Klagbarkeit sowohl des Mieth- als des Kaufcontractes, eine Obligation erzeugt haben. Dies ist aber unzweifelhaft nicht der Fall. [12])

Die Vermögenszuwendungen durch Uebertragung des Eigenthums und durch Constituirung eines Forderungsrechtes, solange dieses dem natürlichen Bestande der Obligation angehört, stehen hiernach rücksichtlich des Verhältnisses zu ihrem Rechtsgrunde in einem entschiedenen Gegensatze. Dort charakterisirt sich dieses Verhältniss als Trennung und Unabhängigkeit, hier als Verbindung und Abhängigkeit. Dort tritt der rechtliche Grund der Vermögenszuwendung in das Verhältniss der causa zurück: hier lehnt sich die Vermögenszuwendung an ihre Grundlage synallagmatisch an. Dort bildet diese Grundlage die Voraussetzung, hier die Bedingung [13]) der Vermögenszuwendung.

Diese Verschiedenheit hängt innig mit der Lebensaufgabe zusammen, welche jedes dieser Rechte zu erfüllen hat. Das Eigenthum ist seiner Natur nach bestimmt, von Hand zu Hand zu wandern und überall ein neues Leben zu beginnen. Diese Bestimmung würde dasselbe nicht erfüllen können, wenn es von einem Mangel in dem Grunde seiner Uebertragung unmittelbar afficirt würde. Die Obligation dagegen ist ihrer ursprünglichen Rechtsidee nach auf das enge Leben zwischen zwei Personen beschränkt; und zwar sind diese in der Regel die nämlichen Personen, zwischen denen auch die Beziehungen obwalten, welche die rechtliche Grundlage der Verpflichtung bilden. Es ist daher zunächst kein Bedürfniss, die einzelne Verpflichtung aus jenen natürlichen Beziehungen zu trennen und ihr ein selbständiges Rechtsleben anzuweisen.

11) In der demonstratio der Klagformel wurde das vom Kläger nachzuweisende Rechtsgeschäft, welches der Klage zu Grunde lag, bezeichnet, z. B. quod A. Agerius N. Negidio hominem vendidit.

12) l. 57 de O. et A. 44, 7.

13) Bedingung freilich in einer weiteren Bedeutung. Vergl. Windscheid S. 1. Note 1, S. 144 Nr. 88.

§. 6.
Die Stipulation erhebt das obligatorische Versprechen zur Unabhängigkeit von seinem Rechtsgrunde. a)

Bisher ist das einfache Versprechen in demjenigen Stadium des Obligationsverhältnisses betrachtet worden, welches ich als dessen natürlichen Bestand bezeichnete. Es kann aber auch das Obligationsverhältniss mittelst eines künstlichen Abstractionsprocesses in ein anderes Stadium gebracht werden, indem das einfache Versprechen aus seiner natürlichen Verbindung mit seinem Rechtsgrunde losgetrennt und zu einer selbständigen Obligation erhoben wird. Fragen wir nach den Mitteln, wodurch dies geschieht, so finden wir hier, wie überall im Rechte, zwei Momente zusammenwirken, den juristischen Willen und die Form seines Ausdruckes. Was die Form des Willensausdruckes betrifft, so kann das Recht von einem doppelten Standpunkte ausgehen: es kann ihm jede Form genügen, welche überhaupt den Willen erkennen lässt; oder es kann die Willenserklärung an bestimmte Formen, als die ausschliesslich berechtigten, knüpfen, vielleicht an Formen, die nicht schon an und für sich und allgemein, sondern nur zufolge besonderer Gesetzesvorschrift oder eigenthümlicher Sitte als ein entsprechender Ausdruck des fraglichen Willens sich darstellen. In dem letzteren Falle pflegen wir vorzugsweise von förmlichen Willensacten zu reden. [1]) Das classische römische Recht kannte für den in Frage stehenden Zweck blos solche förmliche Willensacte, die s. g. formellen Verträge, namentlich die literarum obligatio und die Stipulation. Von diesen hat nur die letztere sich bis in das Justinianische Recht erhalten.

Die Stipulation stellt sich als ein Vertrag dar, welcher mit allen anderen Verträgen das Erforderniss eines beiderseitig zu Tage getretenen consensus theilt. [2]) Zu den übrigen Contracten aber steht sie ihrem inneren Character nach dadurch im Gegensatz, dass in ihr das einfache Versprechen, mittelst Abstraction von dessen Rechtsgrund, zu einer selbständigen Obligation erhoben wird. [3]). Spondesne C dare? — Spondeo! — Diese Worte genügen zu einem in sich vollendeten Vertrage. Nicht als ob die Contrahenten durch diese Abstraction der subjektiven Beziehung auf einen Rechtsgrund des Versprechens sich entäussert hätten, — denn dadurch würde die Stipulation zu einem psychologischen Unding werden —; vielmehr hat jene Abstraction nur die Bedeutung, dass das in der Stipulation enthaltene einfache Versprechen eine Obligation in das Vermögen des Stipulanten überträgt, welche von dem Rechtsgrunde des Versprechens (objectiv gedacht) zunächst unabhängig dasteht.

a) Ueber die Natur und Bedeutung der abstracten Eigenthumsübertragung und der abstracten Obligation vergl. auch Ibering, Geist d. röm. Rechts. III. S. 197—209.

1) Savigny III. §. 130.

2) l. 1 §. 3 de pact. 2, 14. l. 83 §. 1. l. 137 §. 1 de V. O. Bereits Donell (Com. XII. c. 7 flg.) weist mit Nachdruck darauf hin, dass die römische Eintheilung der Contracte, als re, verbis, literis, consensu begründet, ungenau sei, da alle Contracte des consensus bedürfen, daher die s. g. Consensual-Contracte nur solche seien, qui solo consensu fiunt.

3) S. Die Beispiele in §. 2 und 3 J. de V. O. 3, 15.

Wenn also der Empfänger eines Darlehns sich im Wege der Stipulation zur Zahlung des Darlehnbetrages verbindlich macht: so tritt sein Versprechen aus der natürlichen Verbindung, in welcher es beim Darlehnscontract zu der Auszahlung des Geldes steht, heraus und begründet, unabhängig von dieser, eine (abstracte) Verbindlichkeit, welche auch dann eintritt, wenn das Geld gar nicht ausbezahlt ist. Der Käufer, welcher das habere licere der Sache, der Verkäufer, welcher den Kaufpreis stipulirt, hat hierdurch ein Recht auf den Gegenstand der Stipulation erworben, unabhängig davon, ob der Kaufvertrag überhaupt zu Recht besteht.

Zufolge dieser Abstraction von der causa [4]) begründet die Stipulation eine streng einseitige Verbindlichkeit, und hiermit in unmittelbarer Verbindung steht die an sie geknüpfte stricti juris actio (condictio), analog der aus dem Darlehn erzeugten.

Was die Form anbelangt, so war es natürlich, dass der auf Abstraction von der causa gerichtete Willen nicht in der doctrinellen Weise, wie er hier definirt ist, zu Tage trat; — es würde dies voraussetzen, dass die Theorie der Stipulation früher entstanden wäre, als die Stipulation selbst; — dass er sich vielmehr einen sinnbildlichen Ausdruck suchte. Es kam darauf an, das einem Vertragsverhältniss angehörige einfache Versprechen zu etwas Selbständigem zu erheben. Dies hatte, insbesondere so lange man vorzugsweise mündlich contrahirte, Schwierigkeit, indem das einzelne Versprechen leicht mit der Besprechung des gesammten Vertragsverhältnisses zusammenfloss. Es bedurfte daher einer sich fest abschliessenden Form, welche, gleichwie in einem Rahmen, das einzelne Versprechen in sich aufnahm, während sie alles Uebrige, wovon die Contrahenten abstrahiren wollten, hinter sich zurückliess. Hierzu war nun diejenige Form in hohem Masse geeignet, welche wir in der That für die Stipulation angewendet finden: eine auf Angelobung der Verbindlichkeit gerichtete Frage mit streng congruenter bejahender Antwort. In ihrer grossen Bestimmtheit und Klarheit vermochte dieselbe zugleich eine sichere Grundlage des Processes abzugeben. Dem judex, welchem in der Formel zur Frage gestellt war: si paret N. Negidium A. Agerio C dare oportere, musste die Bejahung dieser Frage zur Evidenz einleuchten, wenn auf die Frage des A. A.: „C dare spondes?“ N. N. geantwortet hatte: „spondeo.“

Mit dieser gewissermassen rationellen Erklärung der Stipulationsform ist jedoch nicht gemeint, dass solche in bewusster Erwägung jener Rücksichten erfunden wäre. Dieselbe muss vielmehr, insofern man nicht dasjenige, was über ihre historische Entstehung vermuthet wird, für befriedigend erachtet, [5]) in ihrer anzuerkennenden Eigenthümlichkeit auf die nicht weiter verfolgbare Wurzel der römischen Volkssitte zurück-

4) Ich bediene mich dieses Ausdruckes, obwohl er insofern ungenau ist, als der Rechtsgrund des Versprechens erst durch die Abstraction zur „causa“ wird. (Vergl. S. 15).

5) Man hat die Stipulation aus dem älteren nexum hergeleitet. Savigny V. S. 538. Liebe S. 4 flg. (welcher jedoch gesteht, dass diese Herleitung nicht mehr als Hypothese sei). Auch die damit zusammenhängende Zurückführung der Stipulation auf ein fingirtes Dahrlehn scheint mir mindestens problematisch.

geführt werden. Nur fehlt es dieser Sitte nicht an rationellen Elementen, und diese waren es ohne Zweifel, welche später die Behandlung der Stipulation als eines Instituts des jus gentium möglich machten. [6])

§. 7.

Bedingte Stipulation. — Stipulation mit Beziehung auf Dritte.

Die Stipulation war also fähig, das einfache Versprechen dergestalt zu einer selbständigen Verbindlichkeit zu erheben, dass es den Rechtsgrund, zu welchem es subjectiv in nothwendiger Beziehung stand, als etwas Getrenntes hinter sich zurückliess. Dieser wurde dadurch zur causa. [1]) Und zwar möge hier gleich darauf hingewiesen werden, dass das mit Nothwendigkeit vorauszusetzende subjective bewusste Einverständniss über eine causa nicht minder nothwendig voraussetzt, dass solches bei der Stipulation irgendwie zwischen den Betheiligten auch zum Ausdruck gekommen sei. Letzteres lässt sich nun in doppelter Weise denken. Stipulant und Promittent konnten sich über die causa der beabsichtigten Stipulation verständigen, dieser Verständigung aber in der Stipulationsformel selbst keinen Ausdruck geben. Also S. und P. einigten sich, dass P. die 100, welche er aus dem Kauf des fundus Cornelianus schulde, promittiren solle, und stipulirten dann mit den Worten: Centum mihi dare spondes? — Spondeo. Sie konnten aber auch jener vorausgegangenen Verständigung in der Stipulationsformel selbst einen Platz einräumen, und so stipuliren: Centum, quae mihi ex emtione fundi Corneliani debes, dare spondes? — Spondeo. Im letzteren Falle liess allerdings die Stipulation den Grund des Versprechens erkennen. Aber dieser Grund stand deshalb um nichts weniger in dem Verhältniss der causa, d. h. eines Umstandes, zu welchem das Versprechen selbst sich in Unabhängigkeit stellte, von welchem es abstrahirte. Denn dieses Abstrahiren bedeutet ja nicht eine Verheimlichung — wovon ja ohnehin zwischen den Contrahenten nicht die Rede sein konnte — sondern nur eine Zurückstellung des Grundes, als eines solchen, auf welchen es für den Bestand des Versprechens nicht weiter ankommen soll. Es bedeutet ja nicht, wenn ich mich so ausdrücken darf, eine körperliche Trennung, sondern eine Trennung geistiger Art. Und deshalb findet jenes Abstrahiren seinen Ausdruck nicht etwa nur darin, dass die Stipulationsformel von der causa gänzlich schweigt, sondern nicht minder darin, dass sie derselben lediglich als bestimmenden Grundes gedenkt. [1 a]) Im Gegensatz hierzu kann aber auch das Verhältniss anders

6) Ueber die Stipulationsform vergl. Jhering Geist des röm. Rechts. II. S. 581 flg.

1) In diesem Sinne hat also die Stipulation eine causa debendi neben oder hinter sich. Die Stipulation ist aber auch selbst eine causa debendi, in welchem Sinne ebenfalls von einer causa stipulationis gesprochen wird (z. B. in l. 17 de evict.). Diese verschiedenen Begriffe von materieller und formeller causa obligationis, welche bei den Material-Contracten ineinander fallen, bei den Formal-Contracten aber auseinander gehen, dürfen nicht verwechselt werden.

1a) Neuere Schrifsteller haben diejenigen Stipulationen, deren Formel das Causalverhältniss aufweist, als „materielle", „materiell individualisirte", „individuell charakterisirte" Stipulationen bezeichnet und für solche die Behauptung aufgestellt, dass sie aufgehört, ein abstractes Zahlungsversprechen zu sein, und dass ihre verpflichtende

gestaltet werden. So wie bei der Tradition der Eigenthumsübergang von seinem Rechtsgrunde wieder in Abhängigkeit gesetzt werden konnte, dadurch, dass derselbe der Tradition als Bedingung beigefügt wurde: so konnte auch bei der Stipulation die Verbindung mit der causa durch Aufnahme derselben als Bedingung in die Stipulationsformel wieder hergestellt werden. [2]) Die Stipulation einer Geldsumme unter der Bedingung „si jurasses, te nomen meum laturum" gilt nicht als Schenkung, vielmehr als Leistung um einer Gegenleistung willen, welche in der Verpflichtung zur Führung des Namens gefunden wird. [3]) Der Grund des Versprechens liegt aber hier nicht ausserhalb der Stipulation, ist vielmehr durch die Erhebung zur Bedingung eine Beschränkung des Versprechens selbst geworden. Aehnliche Natur haben die Stipulationen: Pecuniam te mihi crediturum spondes? und: Quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes? [4]) Bei der ersteren Stipulation gelobte der Promittent die Zahlung einer Geldsumme nicht absolut, sondern als Darlehn, d. h. gegen die Uebernahme der Darlehnsobligation. In dem zweiten Falle versprach der Promittent nur das zu zahlen, was ihm selbst zuvor gezahlt sein würde; seine Verbindlichkeit fand also, ganz ähnlich der einfachen Darlehnsobligation, in der zur Bedingung erhobenen Auszahlung des Geldes ihre materielle Grundlage. In einem wie in dem anderen Falle braucht eine ausser der Stipulation liegende causa stipulationis nicht weiter vorhanden zu sein, die Stipulation hatte die causa in sich aufgenommen. — Hierher gehören ferner die Fälle, wo nicht eine bestimmte einzelne Leistung, sondern die Verpflichtung aus einer Obligation in relativer Beziehung zu dieser selbst zum Gegenstand der Stipulation erhoben wurde, wie dies in folgenden Stipulationsformeln vorkommt: quod te mihi illis kalendis dare oportet, quod ex causa condictionis dare facere oportet, quod ex testamento mihi debes, id dare spondes? [5]) Durch diese relative Bezeichnung der Verpflichtung tritt die Stipulation in dieselbe unmittelbare Abhängigkeit zu dem Verpflichtungsgrunde, wie die ursprüngliche Obligation;

Kraft vor der darin in Bezug genommenen ursprünglichen Verbindlichkeit nichts vorausgehabt habe. Es ist dies m. E. entschieden irrig. „Materiell individualisirt" in diesem Sinne sind alle Stipulationen, so lange man sich nicht etwa Menschen denkt, die plötzlich, ohne zu wissen warum, in die Stipulationsworte ausbrächen: C dare spondes? Spondeo! Müssen aber die Stipulirenden nothwendig wissen, warum sie stipuliren, dann ist es für die verpflichtende Kraft der Stipulation ganz einerlei, ob sie sich dieses Warum nebenbei in die Ohren geflüstert, oder innerhalb der Stipulationsworte laut ausgesprochen haben. Der einzige Unterschied besteht darin, dass im letzteren Falle der Beweis des Warum in der Stipulationsformel selbst gesichert ist. — Klar redet über das Verhältniss der in der Stipulationsformel zum Ausdruck gelangten causa, im Gegensatz zur Bedingung, schon Donell ad l. 21 de V. O.

2) Dieselbe Vergleichung in umgekehrter Richtung enthält l. 7 de R. C.: Omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et conditiones.

3) l. 19 §. 6 de donat. 39, 5.

4) l. 68 de V. O. l. 18 §. 3 de stip. serv. 45, 3.

5) l. 47. l. 29 §. 1. l. 75 §. 6 de V. O. — Man könnte fragen, wozu solche Stipulationen? Deren Gebrauch hängt mit römischen Eigenthümlichkeiten zusammen; so z. B. musste, um acceptoferirt zu werden, jede Verbindlichkeit in eine Verbalobligation umgewandelt werden, wozu eine solche Stipulation genügte. (§. 29.)

gleich dieser trägt sie die causa in sich selbst. Aber die nähere Beziehung, in welcher hierdurch die Stipulation zu ihrer causa tritt, ist doch nur eine factische, keine rechtliche. Die vorhin angeführte Stipulation: si jurasses, te nomen meum laturum, hat an und für sich keine andere juristische Natur, als die Stipulation: „si Titius consul factus erit;“ [6]) obwohl nur die erstere, nicht auch die letztere Bedingung als Gegenleistung sich kundgiebt, so dass diese Stipulation materiell den Charakter einer bedingten Schenkung anzunehmen scheint. [7]) Das Stipulationsversprechen bewahrt daher auch in den hier betrachteten Fällen, wo der Grund des Versprechens mit diesem selbst in nähere Verbindung tritt, die Natur einer abstracten, streng einseitigen Obligation.

So wie in diesen Fällen die Stipulation ausnahmsweise einer ausser ihr liegenden causa entbehrt, so können umgekehrt Verbindlichkeiten, welche einem materiellen Contracte angehören und demgemäss in der synallagmatischen Beziehung zu der Gegenverbindlichkeit ihre nächste Grundlage finden, gleichwohl noch zu einer ausser diesem Vertragsverhältniss liegenden causa in Beziehung stehen. So z. B. kann es sein, dass der Verkäufer nicht freiwillig, sondern nur zur Erfüllung einer ihm vermeintlich auferlegten testamentarischen Verpflichtung verkauft hat. Alsdann bildet diese Verpflichtung die causa des Kaufgeschäfts, welche zu diesem in ganz gleichem Verhältniss steht, wie die causa stipulationis zu der Stipulation. [8]) Das Kaufgeschäft hat zunächst Gültigkeit, unabhängig von dem wirklichen Bestand seiner causa.

Tradition und Stipulation sind bisher so betrachtet worden, als ob das Verhältniss, welches die causa derselben bildet, nur zwischen denselben Personen bestehen könnte, zwischen welchen der Vermögensübergang durch Tradition oder Stipulation bewirkt wird. Dies ist aber keineswegs der Fall. Die causa kann auch in Verhältnissen liegen, in welchen je Geber und Empfänger, Promittent und Stipulant, zu einer dritten Person stehen. A. kann dem B. zahlen oder promittiren, weil er dadurch mittelbar dem C. eine Vermögenszuwendung machen will; und diese causa findet ihre Realisirung dadurch, dass B. die Zahlung oder das Versprechen als eine ihm von C. zu Theil gewordene Vermögens-

6) l. 57, 63, 64, 126 de V. O.

7) Vergl. l. 1 pr. de donat. 39, 5. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quum aliquid secutum fuerit; non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. — Es kann jedoch auch in Fällen der letzteren Art unter der gestellten Bedingung eine zu erzielende Gegenleistung als Zweck des Schuldversprechens sich verstecken; also in dem angeführten Beispiele die Mitwirkung des Stipulanten dafür erzielt werden sollen, dass Titius Consul werde. So kommen auch heutzutage Urkunden in folgender Weise vor: „Ich bescheinige hierdurch, dem A, für den Fall, dass ich mein Landgut an X verkaufe, 200 Thlr. versprochen zu haben.“ Das kann eine bedingte Schenkung sein. Es kann aber auch dahin zielen, dass A den Verkauf des Landguts an X vermitteln soll; wo dann die Urkunde materiell das Versprechen eines Mäkelgeldes enthält. Der gewählten Form nach ist freilich das Versprechen nicht an die Erfüllung einer Gegenleistung, sondern lediglich an den Eintritt der Bedingung als Thatsache geknüpft.

8) l. 5. §. 1. de act. emt. 19, 1. So können auch für eine abstracte Vermögenszuwendung (Zahlung oder Stipulation) gleichzeitig mehrere causae bestehen. l. 44. l 38 §. 2 de solut. 46, 3.

zuwendung annimmt. Jede dieser Vermögenszuwendungen, sowohl die, welche A. im Verhältniss zu C. zu ertheilen, als die, welche B. im Verhältniss zu C. zu empfangen beabsichtigt, kann nun auf verschiedene Rechtsgründe hinauslaufen; sie kann z. B. donandi oder solvendi causa geschehen. Der Vermögensübertragung zwischen A. und B. liegt also eine doppelte causa zu Grunde, ein Verhältniss zwischen A. und C. und ein solches zwischen B. und C. Von beiden unabhängig kann die Vermögensübertragung zwischen A. und B. vor sich gehen. A. kann 100 zahlen oder versprechen und B. dieses annehmen, lediglich unter Bezugnahme darauf, dass C. sie hierzu angewiesen habe; keiner von beiden braucht zu wissen, wie diese Vermögensübertragung in dem Verhältniss des Andern zum C. rechtlich zu wirken bestimmt ist. In diesem Falle vertritt also die übereinstimmende Beziehung auf den Willen eines Dritten die Causalbeziehung für die Vermögensübertragung zwischen A. und B. Aber die Stipulation zwischen A. und B. kann auch von der causa, welche auf einer oder der anderen Seite in dem Verhältniss zu C. besteht, in Abhängigkeit gesetzt werden. Es kann z. B. A. dem B. nur das versprechen, was er selbst (A.) dem C. schuldet, oder was B. von C. zu fordern hat. [9]) Diese letztere Beschränkung auf die Forderung des Stipulanten wider den Dritten lag von selbst in der Stipulationsformel: fide tua esse jubes? Daher war die fidejussio, auch wenn kein ausdrücklicher Zusatz [10]) darauf hinwies, schon ihrem Wesen nach an die Existenz der Hauptforderung als an eine Bedingung geknüpft und von dieser völlig abhängig. [11])

Die in diesen Paragraphen berührten Verhältnisse [12]) liegen zwar ausser der Hauptrichtung unserer Betrachtung; diese hat sich vielmehr vorzugsweise mit derjenigen Stipulation zu beschäftigen, deren Rechtsgrund in einer unmittelbar zwischen Stipulanten und Promittenten wirkenden, nicht als Bedingung in die Stipulationsformel selbst aufgenommenen causa besteht. Sie dienen aber dazu, unsern Gesichtskreis über das Wesen der Stipulation zu erweitern, die grosse Beweglichkeit derselben zu zeigen und die Mannigfaltigkeit ihres Gebrauchs zu erklären. Wir finden dieselbe bei allen möglichen Rechtsverhältnissen, bei klagbaren und klaglosen Verträgen, zum Schutze dinglicher Rechte, zur Sicherung processualischer Pflichten, zur activen und passiven Uebertragung bestehender Forderungsrechte auf Dritte angewendet. [13]) So bildet sie den Mittelpunkt des römischen Obligationenverkehrs, und „ihre Anwendung kann nicht häufig genug gedacht werden.“

9) l. 27 de nov. 46, 2. l. 75 §. 6. l. 122 §. 4 de V. O.

10) l. 47 §. 1 de fidej. 46, 2. l. 132. §. 1 de V. O. l. 13 §. 9 de accapt. 46, 4.

11) l. 8 §. 8. l. 16 pr. §. 3 l. 32 de fidej. Gaj. III. §. 126. Liebe S. 226 flg.

12) Dieselben haben eine umfassende und gründliche Darstellung gefunden in dem oben § 3 N. 4 angeführten Werke von Salpius.

13) Vergl. Savigny V. S. 482.

§. 8.

Formelle Natur der Stipulation.

Man hat die römischen Real- und Consensualverträge als materielle, die Stipulation und literarum obligatio als formelle Contracte bezeichnet. Diese Bezeichnung ist unzweifelhaft passend. Es kommt jedoch darauf an, den darin obwaltenden doppelten Gegensatz klar zu machen. Der materielle Inhalt eines Vertragsverhälnisses wird nicht schon durch den Gegenstand einer einseitigen Verpflichtung aus solchem, sondern nur durch das Verhältniss der beiderseits daraus hervorgehenden Rechte und Pflichten bestimmt; und mit Recht bezeichnet man daher Verträge, deren rechtswirkende Kraft eben nur in der Gesammtheit jener Momente gelegen ist, als materielle. Betrachtet man im Gegensatz hierzu die Natur der Formal-Contracte, also namentlich der Stipulation, so besteht sie darin, dass bei ihnen die rechtswirkende Kraft nicht durch die Gesammtheit jener Momente bedingt ist, dass vielmehr in ihnen das einseitige Schuldversprechen ohne Rücksicht auf den mit ihm correspondirenden juristischen Grund zu Recht besteht. In dieser Auffassung des fraglichen Gegensatzes erscheint die Natur der letztgedachten Verträge als etwas rein Negatives; und die Bezeichnung „formell“ rechtfertigt sich hierfür insofern als man unter diesem Ausdruck auch schon das Lossagen von der Materie begreifen kann.

Dagegen waltet bei diesen Verträgen auch ein positves Element ob, welches darin besteht, dass der Willensausdruck bei ihnen an eine genau bestimmte Form gebunden ist, während bei den s. g. materiellen Verträgen (ihrer grossen Mehrzahl nach) ein solches Erforderniss nicht vorliegt. Dieses positive Element findet nun abermals in der Bezeichnung jener Verträge als „formeller“ einen berechtigten Ausdruck, wogegen die Bezeichnung „materielle Verträge“ die bei diesen Verträgen obwaltende Negative (dass sie nicht an eine besondere Form gebunden sind) an sich nicht erkennen lässt. Dieselben würden in dieser Beziehung besser „unförmliche Contracte“ genannt werden.

Es ist hiernach klar, dass die Bezeichnung der einen Gattung von Verträgen als formeller eine doppelte Bedeutung hat, je nachdem man das in solchen obwaltende positive und negative Element ins Auge fasst. Man kann daher von einer positiv-formellen und negativ-formellen Natur jener Verträge reden. 1) Erstere bezeichnet den äussern, letztere den inneren Charakter derselben, jene die verborum et scripturae proprietas, diese die Abstraction von der causa.

Beide Naturen stehen aber insofern in Wechselbeziehung, als die positive Form dem einseitigen Versprechen denjenigen Abschluss giebt,

1) Man hat diese Bezeichnung nicht zutreffend finden wollen, und für den Gegensatz von materiellen und (negativ-) formellen Vertägen verschiedene andere Namen aufzustellen gesucht. (Vgl. Windscheid Pand. §. 319 Note 2.) Der Ausdruck „formell“ in der hier fraglichen Bedeutung ist uns aber in anderen Beziehungen ganz geläufig. So reden wir von der formellen Natur der res judicata, des gerichtlichen Geständnisses. Jedenfalls wird es schwer sein, Ausdrücke zu finden, welche schon an und für sich das Verständniss der Sache klar machten. Wem aber dieses klar ist, für den wird die Wahl der Bezeichnung nur noch eine untergeordnete Bedeutung haben.

der es aus der Beziehung zu allem auser ihm Liegenden loslöst, und dadurch dessen (negativ-) formelle Natur begründet, — so weit nicht eben das Versprechen selbst innerhalb der ihm gegebenen Form durch Bezugnahme auf etwas ausser ihm Liegendes als Bedingendes sich von diesem wieder in Abhängigkeit versetzt.

Eine positiv-formelle Natur kommt neben den besprochenen „formellen Verträgen" auch einigen Verträgen zu, welche man den materiellen zurechnen muss; z. B. dem Vertrag über eine grosse Schenkung, dem Vergleich über legirte Alimente, welche an die Form gerichtlicher Abschliessung gebunden sind.

Dagegen stehen rücksichtlich der negativ-formellen Natur die gedachten Formal-Contracte unter den zur Begründung einer Obligation dienenden Verträgen des classischen römischen Rechts völlig ausschliesslich da.

Verlassen wir aber das Gebiet der Obligationen, so finden wir alsbald in der Eigenthumsübertragung ein Rechtsgeschäft, welches die negativ-formelle Natur der Stipulation vollkommen theilt. Diese übereinstimmende Natur ist es, was Tradition und Stipulation in nahe Verwandtschaft bringt. Beide gemeinschaftlich stehen zu den übrigen Obligationen in dem nämlichen, oben (Seite 13) geschilderten Gegensatze. Beide werden deshalb auch in den Quellen sehr häufig neben einander genannt; sie gelten als vollendete Vermögensübertragung, als abstracter Erwerb — acquisitio. [2]) Nicht allein durch Tradition, sondern auch durch Stipulation wird eine Schenkung perficirt, eine dos wirklich bestellt. Der Pupill, welcher ohne Tutor nur erwerben, nicht sein Vermögen vermindern kann, vermag eben so gültig zu stipuliren, als durch Tradition Eigenthum zu erlangen. [2a]) Am bedeutsamsten aber erweist sich die Verwandtschaft beider in der Gleichartigkeit der Anfechtung ihres Resultats wegen Mangels der causa.

Der Tradition und Stipulation, als abstracten Acten der Vermögensübertragung, lässt sich noch ein drittes Rechtsgeschäft, die Cession, als gleichgeartet zur Seite stellen. Wenn letztere in den Quellen nicht in dieser Verbindung genannt wird, so liegt der Grund hierfür darin, dass zur Zeit der classischen Juristen die Cession noch ein in der Entwickelung begriffenes Institut von verhältnissmässig seltener Anwendung war. Sie wurde damals in der Regel durch die Delegation [3]) vertreten. In ihrer heutigen, so vielfachen Anwendung erscheint die in der Cession enthaltene Uebertragung eines Forderungsrechts als ein von dem Grunde dieser Uebertragung juristisch getrennter unabhängiger Act. Nur die

2) l. 45 de pact. 2, 14. l. 10 §. 1. l. 22 l. 33 §. 2 de acq. rer. dom 41, 1. §. 3 J. eod. 2, 9. l. 15 §. 3 de castr. pec. 49, 17. l. 1 §. 15 de acq. v. am. poss. 41, 2. l. 37 pr. §. 5 de acq. rer. dom. l. 46 pr. de jure dot. 23, 3. l. 14 pr. de usu et hab. 7, 8. l. 45 §. 4 de acq. v. omm. her. 29, 2. l. 6 de V. O. Nur gilt die Stipulation als civilis, die Tradition als naturalis acquisitio. l. 53 de acq. rer. dom.

2a) l. 9 pr. auct. et cons. tut. 26, 8.

3) Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem. l. 11 §. 1 de novat. — [Vergleiche über die historische Entwickelung: Bähr, Zur Cessionslehre in Gerber's und Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik etc. Bd. I S. 362 flg.]

rein positive Bestimmung der lex Anastasiana hat eine gewisse Abhängigkeit derselben von ihrer causa herbeigeführt.

Eine ähnliche, von seinem Bestimmungsgrunde losgetrennte Natur hat auch das Legat. Wir finden dies sehr treffend in folgender Stelle ausgedrückt:

l. 72 §. 6. de cond. et dem. (35, 1) Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.

Dieser Ausspruch passt mutatis mutandis vollkommen auch auf die Stipulation. Nur ist das Verhältniss dieser zu ihrer causa nicht ganz dasselbe, wie zwischen dem legatum und der ratio legandi; was mit der Natur letztwilliger Zuwendungen zusammenhängt.

Betrachten wir die heutigen Verhältnisse, so finden wir ein obligatorisches Rechtsgeschäft, welches sowohl die negativ-, als auch die positiv-formelle Natur mit der Stipulation gemeint hat; ich meine den Wechselvertrag. Der Wechsel ist in den Kreisen unseres Handelrechts dasselbe, was die Stipulation im römischen Rechtsverkehr überhaupt war, das allgemein vermittelnde Rechtsgeschäft. Auffallend ist die Gleichartigkeit in der Anwendung beider. Man kann sich in vielen Beziehungen die Handhabung der Stipulation bei den Römern kaum klarer machen, als dadurch, dass man die Beziehung eines Wechsels an ihre Stelle denkt. Und umgekehrt dürften manche Lehren im Wechselrecht nur auf Grundlage und unter Vergleichung mit der Stipulationslehre befriedigend zu behandeln sein. Nur hat der Wechsel die Stipulation noch überflügelt durch die Indossirbarkeit, d. h. die Uebertragbarkeit, unabhänig von allen aus der Person des Uebertragenden zu begründenden Einreden; wodurch seine formelle Natur noch schärfer hervortritt.

Schon der Umstand, dass sowohl das römische Recht als das moderne Handelsrecht Verträge von der gedachten abstracten Natur geschaffen und zum Mittelpunkt ihres Verkehrs erhoben hat, hätte zu der Frage führen sollen, ob nicht im übrigen Rechtsverkehr Verträge ähnlicher Natur sich finden. Meines Wissens ist diese Frage bisher nicht ernstlich ins Auge gefasst, oder als unzweifelhafter Verneinung unterliegend bei Seite geschoben, selbst von solchen, welche die Bedeutung der Stipulation zu erfassen vermochten und in derselben nicht blos einen leidigen Formalismus erblickten. [4]) Man hatte nur die positiv-formelle Seite der Stipulation im Auge. Da man diese in keinem modernen Geschäfte wiederfand, so erklärte man die Stipulation kurzweg für ein unpraktisches Institut. Wir werden aber unten eine Mehrzahl von Verträgen besprechen, welche, wie ich glaube, die negativ-formelle Natur mit der Stipulation gemein haben; und es wird daher dienlich sein, gerade von dieser Seite die Stipulation näher kennen zu lernen.

4) Puchta sagt (Pand. §. 250 a. E.): „Das heutige Recht erklärt sich daraus, dass die wörtliche Anwendung der römischen Contractformen, namentlich der Stipulation, unthunlich war, und man entweder nicht das Geschick oder die Macht, oder nicht die Einsicht des Bedürfnisses hatte, eine zeitgemässe Form an ihre Stelle zu setzen".

Capitel II.

Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa.

§. 9.

Verschiedene Ansichten über das Verhältniss der causa im Allgemeinen.

Wir gingen oben (§. 2) davon aus, dass die Stipulation zur processualischen Sicherung der Forderungsrechte gedient habe. Nachdem wir den Charakter der Stipulation näher kennen gelernt, kehren wir zu der Frage zurück: wie wirkte die Stipulation als Sicherungsmittel?

Im Allgemeinen lässt sich diese Frage dahin beantworten: sie wirkte dadurch, dass sie ein von seinem Rechtsgrunde unabhängiges, abstractes Forderungsrecht in das Vermögen des Stipulanten übertrug; sie wirkte also ähnlich der Eigenthumsübertragung.[a]) Wäre nun diese Unabhängigkeit eine absolute gewesen, so würde sich das Verhältniss einfach dahin gestaltet haben, dass durch die Stipulation ein absolut wirkendes Surrogat an die Stelle des zu sichernden Anspruchs getreten wäre. Dies ging jedoch nach den Grundsätzen der aequitas zu weit; letztere trat vermittelnd dazwischen und stellte einigermassen den abgebrochenen Zusammenhang zwischen der Stipulation und ihrer causa wieder her, insbesondere dadurch, dass sie wider erstere wegen objectiven Mangels der letzteren eine Anfechtung zuliess. Diese Anfechtung sowohl von ihrer materiellen als processualischen Seite kennen zu lernen, wird unsere Aufgabe sein.

Hierbei ist aber zunächst eine klare Anschauung nothwendig über die verschiedenen Arten, wie die Stipulation zu einer causa im Verhältniss stehen konnte; und zu diesem Zwecke muss weiter auf das Verhältniss des übertragenen Eigenthums zu seiner causa zurückgegangen werden; wie denn überhaupt für die Anfechtung des promissum die Anfechtbarkeit des datum den fortwährenden Leitfaden abzugeben bestimmt ist.

Es ist bereits oben (S. 7) der allgemeinste Gegensatz im Gebiete der causa erwähnt, dass nämlich die Vermögensübertragung entweder um ihrer selbst oder um eines ausser ihr liegenden Zweckes willen vorgenommen werden kann. Demgemäss kann auch Eigenthum übertragen werden, entweder als Schenkung oder unter Beziehung auf einen anderweiten Zweck.

a) In der That finden wir die Stipulation als ein annäherndes Surrogat der Eigenthumsübertragung, namentlich der Zahlung, praktisch angewendet. Wenn die dem Mündel zugehörigen Schuldscheine verbrannt sind, soll der Vormund aus dem Inventar die Schuldner belangen „ad solvendam pecuniam aut novationem faciendam“ (l. 57 de admin. et peric. 26, 7). Wer kein Geld, um zu zahlen, zur Hand hat, geht statt dessen eine Stipulation ein; (— deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi. l. 19 §. 5 ad SC. Vell. 16, 1.) Die Stipulation musste also doch wohl praktisch einen Vortheil gewähren, zufolge dessen der Stipulant sich in gewisser Beziehung so gut als bezahlt betrachten konnte.

Die letzteren Fälle können wir unter der Bezeichnung eines datum ob causam [1]) zusammenfassen. Dieses wollen wir in seine verschiedenen Arten zerlegen.

Es giebt Gesetze, [2]) die mehr beispielweise als ex professo die Gründe der Eigenthumsübertragung auf donare, solvere, credere zurückführen. Demgemäss haben mehrere Schriftsteller [3]) angenommen, dass diese Dreitheilung überhaupt die Grundlage jeder möglichen Vermögenszuwendung abgebe, und Liebe hat dieselbe auch auf das Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa angewendet, indem er von der Schenkung durch Stipulation, von der Stipulation im Verhältniss zu bestehenden Verbindkeiten, und von Creditum durch Stipulation handelt.

Andere Stellen scheinen eine andere allgemeine Eintheilung für die causa der Hingabe aufstellen zu wollen.

l. 52 de cond. ind. Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit repetitio ejus pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente, repetitio competit.

l. 65, §. 2 eod. Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. (§. 4) Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem, veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.

Sehen wir ab von dem nicht zu allgemeiner Durchführung gelangten Versuch, den hier entwickelten Gegensatz mittelst der Ausdrücke „ob causam“ und „ob rem“ sprachlich zu charakterisiren, und gehen wir statt dessen, auf das innere Wesen dieses Gegensatzes ein, so finden wir, dass hier unterschieden wird, je nachdem die causa in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegt. Auf den ersten Blick könnte man diesen Gegensatz mit dem von solvere und credere für identisch halten, da ja auch diese auf Vergangenheit und Zukunft hinweisen. Wir müssen jedoch diese Annahme sofort aufgeben, wenn wir die für das datum ob causam praeteritam hervorgehobenen Beispiele und die Charakterisirung desselben als Schenkung ins Auge fassen.

Unter Anhalt an jene Gesetzstellen finden wir bei Donell [4]) das datum ob causam und die sich daran knüpfende Rückforderung auf Grundlage der Unterscheidung zwischen datum ob causam praeteritam und dat. ob caus. futuram abgehandelt. Im Gebiete der causa praeterita unterscheidet er die causa voluntaria, welche die Hingabe als Schenkung erscheinen lasse und deren Mangel deshalb auch nicht zur Rückforderung berechtige; und die causa necessaria, welche in der Unterstellung einer Schuld bestehe, deren irrige Zahlung die Rückforderung begründe. So

1) Hier ist „causa“ schon in einem engeren Sinne genommen, nämlich als ein ausserhalb der Vermögenszuwendung selbst liegender Zweck; während im weitesten Sinne auch der animus donandi (subjectiv) eine causa abgiebt.

2) l. 65 §. 4 ad SC. Trebell. 36, 1. l. 49 de solut. l. 36 de acquir. rer. dom.

3) Unterholzner, Verjähr.-Lehre I. S. 377; Meyerfeld, Schenkungen S. 29.

4) Comm. XIV. c. 10 sq.

reiht Donell das solvere in den Begriff des datum ob causam ein, während er das credere durch die vorausgehende selbständige Behandlung der Realcontracte davon ausgeschieden hat.

An die Ausdrucksweise Donell's schliesst sich Gneist an, indem er von der Stipulation ex causa antecedente, donandi causa und mit causa futura (welcher letzteren er noch eine causa praesens anreiht) handelt. In Wirklichkeit aber ist seine Auffassung von der der zuerst genannten Schriftsteller nicht verschieden, da er die von ihm gewählten Bezeichnungen mit den Begriffen von solvere, donare und credere identisch erachtet. [5])

Die aufgestellten Gesichtspunkte scheinen mir die Sache nicht zu erschöpfen; ich muss deshalb meine Ansicht hier ausführlicher entwickeln.

§. 10.

Datum credendi, solvendi causa; datum ob causam im engeren Sinne.

Fragen wir zuerst nach der inneren Berechtigung der Aussprüche in l. 52 und l. 65, §. 2 de cond. ind., so ist diese insoweit anzuerkennen, als jede Vergabung, soll sie nicht Schenkung sein, eine juristische Wirksamkeit für die Zukunft bezwecken muss. Nicht allein der verfolgt einen Zweck für die Zukunft, welcher Geld creditirt oder für eine noch abzuschliessende Ehe eine dos giebt, sondern auch der, welcher eine Schuld bezahlt oder eine bestehende Ehe dotirt; er will in Zukunft von der Schuld frei sein, er will die Ehe für die noch bevorstehende Dauer derselben unterstützen. Ein Verhältniss, welches dergestalt abgeschlossen in der Vergangenheit liegt, dass es einer juristischen Einwirkung für die Zukunft gar nicht mehr fähig ist, lässt jede mit Bezug darauf vorgenommene Hingabe als Schenkung erscheinen. In diesem Sinne ist also jede causa, welche den Charakter der Schenkung ausschliessen soll, eine causa futura. Aber im Gebiet dieser causa lassen sich doch, wie die angeführten Beispiele zeigen, die Fälle unterscheiden, wo die Vergabung mittelst ihrer Zweckbestimmung an ein bereits in der Vergangenheit begründetes oder an ein noch zukünftiges Verhältniss anknüpft; und in diesem Sinne gestattet auch die juristisch wirksame causa eine Eintheilung in praeterita und futura. Ja wir werden sogar einen Fall dieser Art vorzugsweise als „causa praecedens" bezeichnet und an solche besondere juristische Wirkungen geknüpft finden. Vorläufig aber verlassen wir diese Bezeichnungen, um in anderer Weise die Aufgabe zu lösen.

I. Eine Eigenthumsübertragung, welche nicht Schenkung ist, kann zunächst vorkommen credendi causa. Unter credere ist zu verstehen die Hingabe einer Sache gerade zu dem Zwecke, um dadurch ein Forderungsrecht unmittelbar zu begründen — numeratio, qua id ipsum agitur, ut is, qui accepit, confestim obligaretur. [1]) Nach der Theorie der römischen Realcontracte konnte ein solches Forderungsrecht nur begründet werden, wenn die Verabredung, welche die Hingabe begleitete, auf Rückerstattung

5) S. 137.
1) l. 19 pr. de R. C. 12, 1. l. 3 §. 1 de O. et A. 44, 7.

derselben Sache, in specie oder in genere, gerichtet war. [2]) Dieses Forderungsrecht schliesst sich dann der Hingabe der Sache synallagmatisch an (S. 13). Für uns kommt nur das creditum im engeren Sinne, d. h. das durch Eigenthumsübertragung bewirkte in Betracht. Dasselbe tritt in voller Reinheit hervor beim Darlehn, welches den reinen Austausch einer Zahlung und eines durch diese unmittelbar begründeten Forderungsrechtes darstellt.

Eine verwandte Natur hat die Hingabe einer dos. Diese, insofern sie den Zweck hat, einen Beitrag zu den Lasten der Ehe zu gewähren, erscheint als ein datum ob causam im engeren Sinne (s. unten Nr. III.). Insofern aber die dos nicht bei dem Manne bleiben, sondern von diesem nach gesetzlicher Bestimmung oder nach Verabredung zurückerstattet werden soll, hat dieselbe eine darlehnsähnliche Natur, [3]) indem an ihre Hingabe sich der Anspruch auf Rückgabe, realisirbar durch Condiction oder die actio rei uxoriae, [4]) synallagmatisch anschliesst.

Auch in anderen Verhältnissen können darlehnsähnliche Leistungen vorkommen. Wenn der Mandant dem Mandatar oder der socius seinem Genossen zur Bestreitung möglicher Auslagen Geld giebt, so überträgt er sein Eigenthum gegen Erwerb eines (mittelst der actio mandati oder pro socio verfolgbaren) Forderungsrechtes auf Rückerstattung des Geldes, soweit es nicht zur Verwendung kommt, und dieses hat ganz die Natur einer re contracta obligatio. [5]) Es lässt sich jedoch dieses Verhältniss auch so betrachten, dass die bevorstehende Verwendung des Geldes als reine Thatsache den Grund der Hingabe bilde; und hierdurch neigt dieser Fall in das Gebiet des datum ob causam im engeren Sinne hinüber.

II. Der Hingabe credendi causa gegenüber steht die Hingabe solvendi causa, d. h. zu dem Zwecke, um ein bestehendes Forderungsrecht zu tilgen. Die Zahlung (solutio) ist ein Austausch von Eigenthum und Aufgeben eines Forderungsrechtes. Beide Rechtsacte stehen ganz in dem nämlichen Verhältnisse zu einander, wie bei dem datum credendi causa der Austausch von Eigenthum und Erwerb eines Forderungsrechtes. Bei der natürlichen [6]) Tilgung der Obligation durch Zahlung hat die Freigebung keine selbständige Natur; sie existirt nur in und mit der Eigenthumsübertragung. [7]) Die Eigenthumsübertragung dagegen geht vor sich ohne Rücksicht auf den objectiven Bestand ihres Grundes. [8]) Jene schliesst sich synallagmatisch der Eigenthumsübertragung an; diese entnimmt aus der Befreiung oder, wie man auch sagen kann, aus dem Bestand der Schuld ihre causa.

2) l. 2. §. 3 de R. C. — sicut si eandem rem recepturi sumus, creditum est.

3) Donell behandelt sie deshalb auch unter den Realcontracten. Com. XIV. c. 4.

4) Savigny, V. S. 517. Auch der von Justinian geschaffenen actio quasi ex stipulatu muss dieselbe Natur beigemessen werden, wiewohl sie die Begriffe der classischen Zeit völlig verwirrt.

5) Savigny, Obl. R. II. S. 227.

6) Den Gegensatz bildet die künstliche Tilgung durch Acceptilation (§. 29).

7) l. 14 i. f. l. 17. l. 46. l. 72 §. 5. l. 94 de solut. 46. 3. l. 22 §. 8. mandati 17, 1.

8) l. 47. l. 66 de solut. 46, 3. §. 2. J. quib. alien. lic. 2, 8.

III. Credere und solvere haben hiernach, trotz ihres Gegensatzes, den gemeinschaftlichen Charakter, dass bei ihnen ein unmittelbar an die Hingabe sich anschliessender Rechtserwerb, dort in der Begründung, hier in der Aufhebung einer Forderung bestehend, als juristischer Zweck sich darstellt. Im Gegensatz zu ihnen steht diejenige Eigenthumsübertragung, welche ihre causa in einer abstract ihr gegenüber stehenden Thatsache sucht. Gerade diese Hingabe wird vorzugsweise datum ob causam genannt. Man kann sie deshalb als datum ob causam im engeren Sinne bezeichnen; und nur in diesem Sinne soll ferner jener Ausdruck hier gebraucht werden.

Die Thatsache, welche hierbei die causa abgiebt, kann von der verschiedensten Art sein. Nicht etwa nur eine verabredete Gegenleistung, vielmehr auch Ereignisse von mehr oder weniger zufälliger Natur können als solche gelten. [9]) So, wenn ich Eigenthum als dos übertrage, wo die Ehe, für welche die dos bestellt wird, als causa gilt, wiewohl sie als Gegenleistung nicht betrachtet werden kann. Desgleichen wenn ich zur Erfüllung einer mir testamentarisch auferlegten Bedingung (conditionis implendae causa) etwas gebe, wo der an die Bedingung geknüpfte Erwerb des Legats oder der Erbschaft die causa der Hingabe abgiebt. Nur muss die Thatsache von der Art sein, dass der in sie gelegte Grund der Hingabe den Charakter einer Liberalität benimmt. Denn auch der Schenkende kann auf Thatsachen Bezug nehmen, ohne dass seine Handlung aufhört, Schenkung zu sein, insofern nämlich diese Thatsachen nicht als juristischer Grund, sondern nur als moralisches Motiv der Vergabung sich darstellen. Dahin gehören alle Thatsachen, welche dergestalt vollendet der Vergangenheit angehören, dass sie eine juristische Einwirkung gar nicht mehr zulassen; [10]) denn die Dankbarkeit oder ein ähnliches Motiv, welches an solche Thatsachen sich knüpft, vermag keine juristische Beziehung herzustellen. Aber auch Thatsachen und Verhältnisse der Zukunft sind hierher zu rechnen, wenn sie ihrer Natur nach ausser der Sphäre juristischer Bestimmungsgründe liegen. So wenn Jemand giebt, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum. [11]) Bei der feinen Grenzlinie, welche hiernach den Uebergang der bestimmenden Thatsache aus dem Gebiet des moralischen Motivs in das des juristischen Grundes bezeichnet, ist es natürlich, dass auch das Gebiet des datum ob causam von dem der Schenkung keineswegs scharf abgegrenzt ist, vielmehr zwischen beiden Fällen von zweifelhafter und gemischter Natur gelegen sind. Einige dieser Fälle haben eine besondere Ausbildung erhalten und sind unter dem Namen der mortis causa donatio [12]) und der donatio sub modo bekannt.

9) l. 35 §. 3. de m. c. donat.: — — quod ea, quae dantur, aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut L. Titius, aut ut aliquid obtingat; et in istis condictio sequitur.

10) S. 26 und die S. 25 cit. Ges.; l. 3 de donat. 39, 5.

11) l. 3 §. 7 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

12) Festus s. v.: Mortis causa stipulatio existimatur fieri, ut ait Antistius Labeo, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur; aut, ut quidam dixerunt, cujus stipulationis mors fuit causa.

Betrachten wir nun insbesondere diejenigen Fälle des datum ob causam, wo die causa den Charakter der Gegenleistung annimmt: so ist der Gegensatz dieser Fälle zu denjenigen, wo die causa die Natur eines zufälligen Ereignisses hat, ebenfalls kein scharf begrenzter; Fälle zweifelhafter Natur bilden auch hier den Uebergang. Am unzweifelhaftesten aber tritt der Charakter der causa als Gegenleistung da hervor, wo die causa gleichfalls in einer abstracten Vermögenszuwendung besteht, welche in umgekehrter Richtung von Seite des Empfängers an den Geber des datum erfolgt. Diese Lehre hat nun durch ein späteres Gebilde des römischen Rechtes, die actio praescriptis verbis, ein Element erhalten, welches deren ursprünglichen Charakter einigermassen verwischt hat. Es wird deshalb die Klarheit der Anschauung fördern, wenn zunächst dieses Element ganz ausser Acht bleibt. Bei der Betrachtung selbst kann uns als Normalfall dasjenige datum ob causam dienen, wo Jemand Eigenthum überträgt, damit ihm der Empfänger ebenfalls Eigenthum übertrage, also das Rechtsgeschäft, welches unter der Bezeichnung permutatio bekannt ist.

Der römische Tausch ist aber eigentlich nicht ein Rechtsgeschäft, sondern es sind deren zwei, zwei Eigenthumsübertragungen, welche als in sich vollendete Thatsachen einander gegenüber stehen. Nur die Verabredung, welche beide in gegenseitige Beziehung sezt und dadurch jede zur causa der anderen macht, zieht zwischen beiden eine gewisse Verbindungslinie. Aber diese Verbindungslinie hat keine selbständige Natur; nicht sie, sondern nur ihr Endpunkt, die Leistung selbst, kann als juristischer Grund der gegenüberstehenden Leistung gelten. Hierin gerade liegt der Gegensatz des datum ob causam zu dem credere und solvere. Auch wer ein Darlehn giebt oder zurückzahlt, überträgt Eigenthum, weil er dafür Eigenthum an gleichen Sachen zu empfangen bezweckt oder bereits empfangen zu haben voraussetzt. Aber nicht in dem Gegenempfang von Eigenthum liegt die causa der Eigenthumsübertragungen, sondern in dem Forderungsrechte, welches durch die erste Hingabe begründet, durch die zweite getilgt werden soll. Indem dieses Forderungsrecht beide Eigenthumsübertragungen vermittelt, schliesst es die unmittelbare (juristische) Beziehung derselben auf einander aus.

§. 11.

Fortsetzung. Causa praeterita und futura.

Werden denn aber auch nicht bei dem datum ob causam Forderungsrechte begründet, welche die gegenseitige Beziehung von Leistung und Gegenleistung vermitteln und die deshalb den Begriff des credere [1]) rechtfertigen könnten? — Man könnte diese Frage zu bejahen geneigt sein, indem man zunächst an die condictio ob causam datorum dächte. Der-

1) Einige Schriftsteller reden, zur Vermeidung des, wie sie wohl selbst fühlen, nicht passlichen Ausdrucks „credere“, in den hier einschlagenden Verhältnissen von einem datum contrahendi causa. Auch diese Bezeichnung scheint mir nicht ganz dem wahren Sachverhalt zu entsprechen.

jenige, welcher bei einem verabredeten Tausche zuerst leistet, konnte, wenn die Gegenleistung nicht erfolgte, das Geleistete als sine causa gegeben condiciren. Er erwarb also durch seine Leistung ein Forderungsrecht, welches sich nach der Natur aller materiellen Obligationen synallagmatisch an die Vorleistung anschloss. Ist denn nicht hiernach diese Vorleistung als credere zu bezeichnen? — In der That ist sie es so wenig, als die datio solvendi causa deshalb als creditum erscheint, weil im Falle der irrig vorausgesetzten Schuld sich die condictio indebiti an sie anknüpft. [2]) In dem einen wie in dem anderen Falle ist der Erwerb der Condiction nicht Zweck der Hingabe, sondern nur das gesetzlich gebotene Mittel zur Ausgleichung der Ungerechtigkeit, welche darin liegen würde, wenn bei verfehltem Zwecke der Hnigabe das Gegebene in dem Vermögen des Empfängers verbliebe. Noch weniger kann man wegen der durch die Vorleistung begründeten Condiction von demjenigen, welcher bei einem Tausch zuletzt leistet, sagen, er leiste solvendi causa. Denn dass nicht die Befriedigung des Anspruchs aus der Condiction der Zweck der zweiten Leistung ist, ergiebt sich schon daraus, dass diese nicht in Rückgabe des Gegenstandes der Vorleistung, sondern in der verabredeten Gegenleistung besteht. Begründung und Beseitigung der Condiction stehen hiernach zur Vor- und Nachleistung nicht in dem Verhältniss einer bezweckten, sondern einer nur zufälligen Folge. Diese zufällige Verbindung kann aber für sie das Verhältniss der causa nicht begründen.

Zweifelhafter erscheint das hier betrachtete Verhältniss dadurch, dass bei dem datum ob causam die Vorleistung zugleich eine Klage auf die Gegenleistung, nämlich die actio praescriptis verbis, gewährte. Diese Klage knüpfte zwischen Vorleistung und Nachleistung ein obligatorisches Band, ein συνάλλαγμα, [3]) ähnlich der Obligation, welche bei den Realcontracten an die Hingabe der Sache sich anschloss. Es ist jedoch zuerst von Gans [4]) ausgeführt und auch von späteren Bearbeitern dieser Lehre [5]) als richtig anerkannt worden, dass die actio praescr. verb. ein secundäres Gebilde des römischen Rechtes und wahrscheinlich erst zu Labeo's Zeiten, als das Recht der Condiction schon längst bestand, entstanden ist. Wäre nun das neue Element, welches sie in diese Lehre brachte, zur ausschliesslichen Herrschaft gelangt, so hätte man sagen müssen: bei verabredetem Austausch von Eigenthum findet der zuerst Leistende die causa seiner Leistung in dem Erwerb der durch die actio praescr. verb. verfolgbaren Obligation, der zuletzt Leistende in der Lösung dieser Obligation. Mit dieser Betrachtungsweise wäre die Vorleistung zum credere, die Nachleistung zum solvere geworden. Dies hätte aber consequent dahin führen müssen, dass von einer cond. causa data causa non secuta auf Rückerstattung der Vorleistung in Concurrenz mit der actio praescr. verb. nicht weiter die Rede hätte sein können. Denn in dem Erwerb dieser letzteren Klage wäre ja die causa, um derenwillen gegeben worden,

2) Vergl. l. 32 de R. C. — „creditum nisi inter consentientes fieri non potest."
3) l. 7. §. 2 de pact. (S. 19.)
4) Römisches Obligationenrecht S. 180 flg.
5) Windscheid S. 157. Erxleben II. S. 31. Keller, röm. Civ. Pr. §. 42.

eingetreten gewesen; gerade so wie bei einer Hingabe zum Darlehn schon der Erwerb der cond. mutui die causa als eingetreten erkennen lässt und deshalb die Anstellung einer cond. causa data causa non secuta ausschliesst.

Wir finden nun aber unzweifelhaft neben der actio praescr. verb. auch noch die cond. c. d. c. n. s. gestattet, und dies lässt sich nur daraus erklären, dass das Recht der actio praescr. verb. nicht die frühere Rechtsauffassung verdrängte, sondern nur neben dieser eine neue anbahnte. Der zuerst Leistende konnte das durch seine Leistung begründete Verhältniss in doppelter Weise behandeln, er konnte seine Leistung als credendi causa geschehen betrachten und sich demgemäss der actio praescr. verb. zur Erzwingung der Gegenleistung bedienen; er konnte aber auch seine Leistung als ob causam datum bezeichnen und sagen: „ich habe geleistet lediglich mit Beziehung auf die vorausgesetzte Gegenleistung, und da diese Voraussetzung nicht eingetreten ist, so fordere ich die Vorleistung zurück.“ Einer gleichen doppelten Auffassung unterlag ohne Zweifel auch die Nachleistung; sie konnte betrachtet werden als zur Tilgung des durch die Vorleistung begründeten Anspruchs auf Erfüllung (der actio praescr. verb.), und dann geschah sie solvendi causa; sie konnte aber auch aufgefasst werden als lediglich in Beziehung auf die Gegenleistung selbst erfolgt, und damit bewahrte sie den ursprünglichen Charakter des datum ob causam.

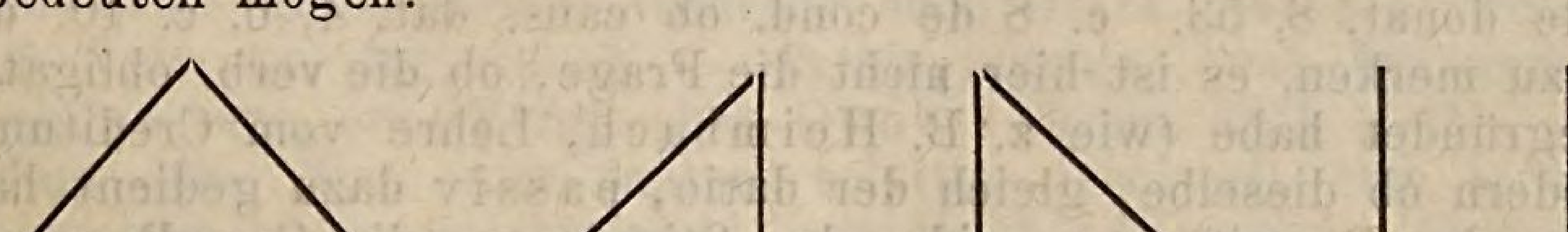
Rechnen wir zu der solchergestalt intensiv beschränkten Wirksamkeit der actio praescr. verb. den Umstand hinzu, dass dieselbe auch in extensiver Beziehung nicht zu einer durchgreifenden Anwendung gelangt, vielmehr nur da angewendet zu sein scheint, wo das praktische Bedürfniss die Ausfüllung von Lücken des römischen Contractensystems erheischte: [6]) so ergiebt sich, dass die actio praescr. verb. keineswegs das datum ob causam in seiner eigenthümlichen Natur beseitigt und dessen Aufgehen in den Begriffen von credere und solvere bewirkt hat.

Hiernach bildet auch noch in dem neueren römischen Rechte das dare ob causam eine rücksichtlich des Causalnexus von dem credere und solvere verschiedene Vermögenszuwendung. [7])

Vergleichen wir nun die so gewonnenen Begriffe — datum credendi causa, solvendi causa, ob causam — mit den oben entwickelten Begriffen von causa futura und praeterita, so ergiebt sich von selbst, dass das datum solvendi causa auf die Vergangenheit, das datum credendi causa auf die Zukunft hinweist, so dass bei ihnen der Gegensatz von causa

6) Savigny, Obl. R. II. S. 211.

7) Man kann sich die bisher betrachteten verschiedenen Austauschungen von Vermögen durch folgende Zeichnungen versinnlichen, in denen die verticalen Linien die abstracten, die geneigten Linien die synallagmatisch sich anlehnenden Vermögenszuwendungen bedeuten mögen:



emtio venditio. solutio. creditum permutatio.

praeterita und futura rein hervortritt. Dagegen gehört das datum ob causam beiden Gebieten an: die causa kann sowohl vorausgehen, als nachfolgen. Nur muss die vorausgegangene causa von der Art sein, dass sie noch einen juristischen Anknüpfungspunkt zulässt. Bei einem Austausch von Leistungen findet solches nur dann statt, wenn bereits die erste Leistung durch eine ihr vorausgegangene Verabredung zu der nachfolgenden Leistung in Beziehung gesetzt ist, so dass also hier beide Leistungen gegenseitig im Verhältniss der causa stehen. Wäre die erste Leistung ohne jene Beziehung erfolgt, so würde die zweite Leistung, welche nachträglich die Beziehung herstellen wollte, gleichwohl nicht datum ob causam, sondern Schenkung sein (S. 26.).

Im Gebiete des datum ob causam kann demnach eine causa vorkommen, welche an ein in der Vergangenheit begründetes Verhältniss sich anknüpft, gleichwohl aber von der causa praeterita, die aus dem Bestand einer Verbindlichkeit entnommen wird, in Beziehung auf Anfechtung wesentlich verschieden ist. Um demnächst diese Verschiedenheit darzustellen, mussten hier jene Begriffe näher entwickelt werden.

Uebrigens sei noch bemerkt, dass die Verabredung, welche die Causalverbindung herstellt, nicht nothwendig als ein selbständiger Act gedacht werden muss. Es genügt, wenn der Tradent die Beziehung auf die causa auch nur einseitig ausspricht; dadurch wird solche zur lex traditionis, [8]) welche durch die Annahme der Sache zu einer, mit der Tradition selbst vollendeten, Vereinbarung über die causa sich gestaltet.

§. 12.

Uebertragung der entwickelten Begriffe auf die causa stipulationis. — Creditum durch Stipulation? — Novation.

Von der causa der Eigenthumsübertragung können wir nunmehr zur causa der Stipulation übergehen. Sehen wir ab von dem Fall einer durch Stipulation bewirkten Schenkung, als hier ohne Interesse, so entsteht die Frage: lässt sich das Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa ebenfalls auf die Begriffe von credere, solvere, promittere ob causam zurückführen?

I. Von diesen Begriffen muss zuvörderst das credere als causa der Stipulation verneint werden. [1]) Schon der Sprachgebrauch des Lebens verstand, wie es scheint, [2]) unter credere nur das Anvertrauen von Eigenthum gegen Erwerb eines Forderungsrechtes. Aber auch der juristische Character des creditum liess dessen Begründung durch Stipulation, statt durch Eigenthumsübertragung nicht zu. Der Charakter des creditum bestand darin, dass ein Forderungsrecht unmittelbar durch eine zu diesem

8) „Legem suae rei dicit" l. 20 §. 1 de pact. dotal. 23, 4. l. 8. praescr. verb. 19, 5. c. 9 de donat. 8, 53. c. 8 de cond. ob caus. dat. 4, 6. c. 10. de pact. 2, 3.

1) Wohl zu merken, es ist hier nicht die Frage, ob die verb. obligatio activ ein „creditum" begründet habe (wie z. B. Heimbach, Lehre vom Creditum S. 285 flg., annimmt); sondern ob dieselbe, gleich der datio, passiv dazu gedient habe, für eine Gegenforderung des Promittenten wider den Stipulanten die Grundlage abzugeben.

2) l. 4 de SC. Mac. 14. 6.

Zweck geschehene Hingabe erworben wurde. Demgemäss hatte das creditum seinen Hauptsitz in den römischen Realverträgen und vor allen in dem Darlehn. Man kann aber nicht ein Stipulationsversprechen zum Darlehn geben und ebensowenig deponiren oder verpfänden. Wir finden überhaupt kein Verhältniss, wo an die verborum obligatio ein zweites Forderungsrecht in umgekehrter Richtung zufolge der lex promissionis sich angeknüpft hätte. [3]) Auch die actio praescr. verb. finden wir auf den Grund einer Stipulation als Vorleistung nicht gegeben; [4]) und es möchte bedenklich sein, das Schweigen der Quellen in dieser Beziehung für etwas nur Zufälliges zu erklären. Ohne Zweifel fand man keinen genügenden Grund, einen verabredeten Austausch schon für denjenigen erzwingbar zu machen, der seinerseits nichts geleistet hatte, als ein lediglich formell bindendes Versprechen.

Es ist deshalb auch gewiss nicht blos Zufall, wenn in unsern Quellen von einem „creditum durch Stipulation" überall nicht die Rede ist. [5]) Freilich findet Liebe (S. 364) diese Erwähnung in der l. 2 §. 5 de R. C.:

> Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

Hier soll das durch die Stipulation übertragene Forderungsrecht, gleich einer Geldzahlung, das Object sein, wodurch das creditum entsteht. Es ist jedoch bereits von Andern auf das Gezwungene dieser Erklärung hingewiesen. [6]) Jene Stelle darf nur in der Weise verstanden werden, dass die Stipulation activ ein creditum zu vermitteln im Stande sei, was am einfachsten dahin gedacht werden kann, dass der Darlehnsempfänger die Rückzahlung des Geldes durch Stipulation versprach. [7]) (S. §. 15.)

II. Gleich der Eigenthumsübertragung war dagegen die Stipulation geeignet, solvendi causa zu dienen. Das durch sie übertragene abstracte Forderungsrecht erhielt durch die Uebereinkunft der Contrahenten die Bestimmung, eine bestehende Verbindlichkeit zu tilgen. Sie tilgte diese gleich der Zahlung ipso jure; sie war in der That Zahlung, wenn auch nicht des schuldigen Gegenstandes in Natur, doch eines Surrogats desselben. Diese Tilgung einer Schuld durch Constituirung eines neuen Forderungsrechts hiess novatio. [8])

3) Dass für einen Dritten der Promittent durch die Stipulation ein Forderungsrecht begründen konnte (l. 32 de R. C. Heimbach a. a. O. S. 286) kommt hier nicht in Betracht.

4) Liebe S. 368. Gneist S. 168 flg., S. 175. Daher heisst es auch nur: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. l. 48 de pact.

5) Gneist, S. 161.

6) Savigny V. S. 533. Sintenis in Sell's Jhrb. I. S. 261. Heimbach, Creditum S. 290.

7) In diesem Sinne kann man also von einer stipulatio credendi causa reden; (§. 2 J. de except. 4, 12: si quis quasi credendi causa stipulatus fuerit etc.) und nur in diesem Sinne wird später dieser Ausdruck noch öfters gebraucht werden.

8) l. 21 §. 3 de ann. leg. 33, 1. (— in his summis, quae per numerationem vel novationem solutae sunt, etc.) Vergl. auch Donell Comm. XVI. c. 20: — in novatione solutio quaedam est. Non enim tantum solvitur creditori, cum id solvitur, quod debetur: sed et cum ei praestatur aliud volenti et admittenti. At novatio est haec ipsa alterius rei praestatio pro eo, quod prius debebatur.

l. 1 de novat. (46, 2); Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione. (§. 1) Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

Wenn hier nur der Verbalobligation als Mittel zur Novation gedacht wird, so ist dies nichts Zufälliges, sondern etwas in der Bedeutung der Novation nothwendig Begründetes. Soll ein einfaches Versprechen die Kraft und Bedeutung gewinnen, welche bei der solutio die Eigenthumsübertragung übt, so muss dieses Versprechen, gleich der Eigenthumsübertragung, zu einem abstractum erhoben werden. Dies war aber eben nur im Wege des Formalvertrages möglich.

So wie bei der Solution geht auch bei der Novation eine zwiefache Willenseinigung vor sich: die Constituirung eines neuen Forderungsrechtes durch Stipulation, und das Aufgeben einer älteren Forderung durch die verabredete Bestimmung, welche der Stipulation gegeben wird. Erstere bildet eine abstracte Vermögenszuwendung, unabhängig von ihrer causa, dem Bestand des älteren Forderungsrechtes. Letztere geht nur vor sich, wenn ein neues Forderungsrecht wirklich entsteht. Wenn daher Jemand novandi causa von einem Peregrinen mittelst der (für diesen unzulässigen) Formel: dare spondes? stipulirte, so war nicht allein diese Stipulation ungültig, sondern es bestand auch die frühere Obligation fort. [9]) Wenn dagegen ein Pupill oder Sclave zum Zweck der Novation ein Stipulationsversprechen entgegennahm, so wurde zwar, da sie beide zum Aufgeben von Rechten unfähig, die ältere Forderung nicht aufgehoben; gleichwohl war die Stipulation gültig und begründete eine neue Obligation. [10])

9) Gaj. III. §. 179. i. f.

10) l. 9. pr. l. 20 §. 1. l. 16 de novat. 46, 2 — „adjicit potius obligationem, quam pristinam novat." — Schwierigkeit macht die Entscheidung des umgekehrten Falles in §. 3 J. quib. mod. obl. toll.: — interventu novae personae nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur; veluti si id, quod tibi Titius debeat, a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fueris, quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si quis a servo fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Bei Gajus (III. §. 176), woraus diese Stelle entnommen ist, finden wir die Fälle der ersteren Art noch vollständiger dahin aufgeführt: veluti si, quod mihi debes, a Titio post mortem ejus, vel a muliere pupillove — stipulatus fueris. Wie haben wir nun diese Entscheidung zu erklären? — Für die Pupillar-Stipulation wird diese Erklärung in l. 1 §. 1 de novat. (S. 47) ausdrücklich dahin ertheilt, dass die Naturalobligation, welche aus der Stipulation des Pupillen entstand, genügt habe, um die ältere Obligation erlöschen zu lassen. Auf denselben Gesichtspunkt werden wir daher wohl auch die novirende Wirksamkeit der stip. post mortem und der stip. mulieris zurückzuführen haben; und es bleibt dann nur noch die Frage, warum nicht auch der Sclaven-Stipulation dieselbe Wirksamkeit beigelegt sei, da doch auch der Sclave naturaliter obligirt wurde. Man hat die Unwirksamkeit der Sclaven-Stipulation aus anderen Gründen abzuleiten gesucht (Donell Comm. XVI. c. 20, Vinnius Inst. Com. ad l. c.). Da aber die ganze Frage, inwieweit und mit welcher Wirkung aus den Verträgen

Novatio bezeichnet eigentlich die tilgende Wirkung der Stipulation, sowie solutio die tilgende Wirkung der Eigenthumsübertragung. Zufolge einer bekannten Metonymie wird aber auch die novirende Stipulation selbst „novatio" genannt. Dieser Doppelsinn hat zu vielen Irrungen in der Novationslehre Veranlassung gegeben. Man hat namentlich die gesetzlichen Vorschriften, dass bei Gleichheit der Personen und des Objects der neuen Stipulation eine Novation nicht anzunehmen, [11]) sowie dass überhaupt für eine Novation nicht zu vermuthen sei, [12]) — Vorschriften, welche nur auf die tilgende Wirkung der hinzutretenden Stipulation sich beziehen und diese letztere auf eine accessorische Wirksamkeit (§. 13) beschränken — dahin verstanden, dass damit die Rechtswirksamkeit der neuen Obligation verneint werde. [13]) Damit in Zusammenhang steht, dass öfters unter den Erfordernissen der Novation auch „der Bestand einer älteren Forderung" aufgeführt wird. [14]) Wäre damit gemeint, dass, wenn eine ältere Obligation getilgt werden solle, eine solche vorhanden sein müsse, so wäre dies allerdings sehr richtig, bedürfte aber in dieser Bedeutung schwerlich einer besonderen Versicherung. Gewöhnlich wird jedoch jenes Erforderniss dahin verstanden, dass die neue Obligation nur entstehe, wenn auch die ältere bestanden habe. In dieser Beziehung muss nun gerade das Gegentheil behauptet werden: durch das novandi animo abgegebene Stipulationsversprechen entsteht eine neue Obligation eben so unabhängig von dem Bestande der älteren durch Novation zu tilgenden, wie bei der Zahlung unabhängig von dem Bestande der zu bezah-

der Personen von beschränkter Handlungsfähigkeit eine Naturalobligation entstehe, auch bei den römischen Juristen sehr streitig war, so scheint es mir nicht unwahrscheinlich, dass sich jene Verhältnisse rein positiv mit Rücksicht auf das praktische Bedürfniss ausgebildet haben. Wer von einem Pupillen oder einer Frau novandi causa stipulirte, konnte sich nicht wohl darüber täuschen, mit wem er zu thun habe. Dagegen war über die Sclaven-Qualität sehr leicht ein Irrthum möglich, und es würde daher praktisch sehr gefährlich gewesen sein, hätte man auch der Sclaven-Stipulation novirende Kraft beigelegt. Auf die Verschiedenheit der Pupillar- und Sclavenobligation deutet auch l. 43 de O. et A. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractibus non obligatur. — Endlich findet das ganze Verhältniss noch eine merkwürdige Parallele in der Wirksamkeit der Bürgschaftsobligationen. Obgleich auch diese grundsätzlich von dem Bestand der Hauptverbindlichkeit völlig abhängig sind (Gaj. III. §. 126), so werden sie doch in gewissen Fällen für zulässig erklärt: quamvis ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus; veluti si pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dare promiserit; at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur (Gaj. III. §. 119). Diese gleichartige Ausbildung im Einzelnen weist auf die Gleichartigkeit im Grundsatze beider Lehren zurück.

11) §. 3. J. quib. mod. obl. 3, 29.

12) c. 8 de novat 8, 42.

13) Unterholzner, Schuldverh. I. S. 627. Heimbach, Creditum S. 409. — Dabei spielt auch die Verkennung des Werthes der Stipulation als processualischen Sicherungsmittels eine Rolle. „Was würde," fragt Heimbach, „dem Gläubiger an der Entstehung der Novations-Stipulation gelegen sein können, wenn die alte und die novirende Obligation in allen Punkten mit einander übereinstimmten?" Wir antworten: er gewann eine cautio.

14) Puchta Pand. § 191. Wening-Ingenheim Civ. Recht. §. 247. (Richtiger Unterholzner a. a. O. S. 624.)

lenden Schuld Eigenthum übergeht.[14a]) Eine scheinbare Begründung findet jene Annahme in einigen Stellen, welche die (unbedingte) Stipulation eines nur bedingt geschuldeten Betrages in ihrer Wirksamkeit von dem Eintritte der ursprünglichen Bedingung abhängig erklären.[15]) Dies erläutert sich jedoch daraus, dass man im Wege der Interpretation eine stillschweigende Uebertragung der Bedingung auf die Stipulationsverbindlichkeit annahm, indem man den Satz anwendete: conditionem ex eo, quod agi apparet, stipulationi inesse intelligendum est.[16])

§. 13.

Accessorische Stipulation.

Der Constituirung einer Verbalobligation auf Grundlage einer schon bestehenden Verbindlichkeit konnte das Bedürfniss einer wirklichen Veränderung in den Personen oder in dem Objecte der Obligation zu Grunde liegen; dieses Bedürfniss wurde dann durch die Novation befriedigt, indem diese gleichzeitig mit dem Schaffen einer neuen Verbindlichkeit die ältere tilgte. Es konnte aber auch die Eingehung einer Stipulation lediglich den Zweck haben, den Inhalt der bestehenden Forderung sicher zu stellen, sei es, dass man durch Beschaffung eines neuen Schuldners eine materielle, oder lediglich durch Gewinnung eines neuen Klaggrundes eine processualische Sicherheit zu erlangen bezweckte. Für diesen Zweck war es nun keineswegs erforderlich, dass gleichzeitig mit Begründung der neuen Obligation die ältere zu existiren aufhörte; vielmehr wurde jener Zweck um so mehr erreicht, wenn neben der neuen Obligation die ursprüngliche Forderung als mit jener processualisch concurrirend bestehen blieb.

Die Natur der durch die Stipulation bewirkten Vermögenszuwendung machte eine diesem Zwecke entsprechende Sachbehandlung möglich. Da die constituirte Obligation vom materiellen Standpunkte aus keine wirkliche Befriedigung, sondern nur die Vorbereitung einer solchen enthält (S. 7): so konnten in dem Falle, wo für eine bestehende Verbindlichkeit eine Stipulation eingegangen wurde, beide Obligationen als nebeneinander stehend betrachtet werden, wenn nun dafür gesorgt ward, dass beide Verbindlichkeiten blos zu einmaliger Befriedigung führten. Das Verhältniss einer solchergestalt gedoppelten Obligation trat schon kraft einfacher Rechtsconsequenz ein, wenn eine Person, die zum Erwerb fähig,

14a) Ich rede hier selbstverständlich nur von einer solchen Stipulation, welche eine bestimmte Summe als geschuldet bezeichnete. Es konnte freilich auch in der Weise novandi animo stipulirt werden: Quidquid te mihi ob eam rem dare oportet, dare spondes? und hier ergab es sich von selbst, dass die neue Obligation von dem Bestande der alten abhängig war. (S. 18.) Dem Vorwurf, dass ich diesen Fall unbeachtet gelassen, (Windscheid Pand. § 355), begegne ich mit der Bemerkung, dass dieser Fall heutzutage überall nicht mehr vorkommt, seine Heranziehung also nur verwirren kann.

15) l. 8. §. 1. l. 14 §. 1 de novat. Ein Eingehen auf die Lehre von der „bedingten Novation" unterlasse ich, weil, wie ich glaube, diese ganze Lehre, wegen Mangels gleichartigen Rechtsstoffs im heutigen Recht, der praktischen Bedeutung entbehrt.

16) l. 126 §. 2 de V. O. (s. unten §. 17).

dagegen zum Aufgeben von Rechten unfähig war, (Sclave oder Pupill) novandi causa stipulirt hatte (S. 34 Note 10). Dasselbe Verhältniss wurde aber auch durch den Willen der Betheiligten für herstellbar erachtet, nachdem durch das ausgebildete Recht der aequitas sichere Mittel gegeben waren, die Gefahr einer an beide Obligationen geknüpften (doppelten) Leistung vom Schuldner abzuwenden. Demgemäss finden wir die Stipulation in einer zweiten unvollkommeneren Wirksamkeit, indem sie die Forderung, welcher sie ihre causa entnahm, nicht aufhob, (novirte), sondern derselben accessorisch hinzutrat.

l. 2. de novat. Omnes res transire in novationem possunt; quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione, dummodo sciamus novationem ita demum fieri si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.

Es entstanden also, wenn der Gläubiger von seinem Schuldner das, was dieser bereits schuldig war, nicht in novirender Absicht stipulirte, zwei Obligationen; und es kommt vor allem darauf an, das Verhältniss dieser beiden Obligationen völlig klar zu stellen. Dieses Verhältniss lässt sich dahin bezeichnen: für ein und dasselbe materielle Recht sind formell mehrere Verpflichtungsgründe vorhanden, deren jeder eine selbständige Klage begründet. Da aber die verschiedenen Obligationen ihren Inhalt aus ein und demselben Rechtsstoffe entnehmen, so kann der Gegenstand derselben nur einmal begehrt werden. [1]) Die wirkliche Leistung und was ihr gleichsteht, sowie überhaupt Alles, was dem materiellen Bestand der Obligation entgegentritt, wirkt daher auch für beide Klagen. Was die processualischen Tilgungsgründe betrifft, so dürfte bereits im älteren Rechte nicht schon die Anstellung der einen Klage die andere getilgt haben; [2]) um so weniger, als selbst materielle Erledigungsgründe der ursprünglichen Verbindlichkeit die concurrirende Formalobligation nur ope exceptionis beseitigten. [3]) Noch unzweifelhafter aber erscheint jene Annahme für das Justinianische Recht, da in diesem die Processconsumtion nicht mehr vorkommt. [4])

Man kann das hier besprochene Verhältniss mit verschiedenen anderen Rechtsverhältnissen vergleichen. Auch das Eigenthum kann auf verschiedene Gründe hin, z. B. zufolge Tradition und zufolge Verjährung

1) l. 8. §. 5 de novat. l. 57 de R. J. „Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.“

2) Hierfür sprechen l. 18 §. 3 de const. pec. l. 28 de act emt. l. 9. pr. de novat. A. M. ist Liebe (S. 173 flg.) auf Grund der l. 5 u. l. 7 §. 4 de exc. rei jud. l. 38 §. 1 pro socio. l. 28 §. 4. de jurejur.; diese Stellen lassen jedoch die Anwendung der gegenseitigen process. Consumtion auf die hier concurrirenden Klagen nicht erkennen. Bei denselben war zwar eadem res, aber nicht eadem quaestio vorhanden. Vergl. auch Savigny V. §. 235.

3) l. 28 de act. emt. l. 3 de resc. vend. l. 9 de novat. l. 10 §. 1 de pact. l. 84 §. 6 de leg. I. Savigny V. 236. — Wenn es in l. 18 de V. O. heisst: Qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur, so scheint dies sich auf den Fall zu beziehen, wo die zweite Stipulation schon ihrem Inhalte nach die Idendität mit der ersten ergab, und wo deshalb, um die Tilgungsgründe der ersten gegen sie geltend zu machen, gewiss keine Exception nöthig war.

4) Savigny VI. S. 25 u. §. 282.

in Anspruch genommen werden. Hier war aber im Sinne des römischen Processes nur ein Recht, welches auf alle Gründe hin dasselbe blieb, vorhanden, während die accessorische Stipulation wirklich ein neues, von der ursprünglichen Obligation formell verschiedenes Recht erzeugt. [5]) Dies trat dort sehr deutlich hervor, indem jeder der verschiedenen Obligationsgründe in einer besonderen Klagformel zur Geltung kam, während die verschiedenen Gründe des Eigenthums in der einheitlichen Formel: si paret rem Ai. Ai. esse, aufgingen. Im heutigen Process aber verschwindet diese Verschiedenheit, und beide Rechtsverhältnisse werden sich in hohem Grade ähnlich, da jeder der verschiedenen Entstehungsgründe des Eigenthums, als besonderes Beweisobject gedacht, gleich den verschiedenen Obligationsgründen, das Recht processualisch selbständig begründet.

Weiter eignet sich zur Vergleichung die Correalobligation, bei welcher sich die concurrirenden Verbindlichkeiten in einer Person durch Beerbung vereinigt haben. In diesem Falle dauern die verschiedenen Verbindlichkeiten, wenn sie gleich stark sind, neben einander fort: der beerbende correus kann sowohl im eigenen Namen, als im Namen seines Erblassers belangt werden. [6]) Auch hier wird gesagt: altera obligatio alteri adjici ad actionem videtur. [7]) Der Unterschied besteht nur darin, dass hier die verschiedenen Klagen auf einer einzigen Obligation beruhen und deshalb auch jeder processualische Tilgungsgrund alle Klagen beseitigt. [8])

Den treffendsten Vergleich für die accessorische Stipulation bietet das rechtskräftige Urtheil dar in der Bedeutung, welche es im neueren Rechte einnimmt, während zugleich das Urtheil des älteren Rechtes eine Parallele für die novirende Stipulation abgiebt. [9]) Im älteren Recht wirkte der Process auf die eingeklagte Verbindlichkeit consumirend. Wenn der Schuldner aus dem ursprünglichen Rechtsgeschäft belangt wurde, so konnte er sich damit wirksam vertheidigen, dass er sagte: „es ist über diesen Anspruch bereits rechtskräftig erkannt worden,“ ohne dass es darauf ankam, wie erkannt worden war. Das Urtheil setzte also an die Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit eine neue; [10]) es übte eine novirende Kraft. [11]) Stipulation und Judicat werden deshalb nicht selten ver-

5) l. 159 de R. J. Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.

6) l. 13 de duob reis 45, 2. l. 5 de fidej. l. 93 §. 1 u. 2 de solut.

7) l. 93 §. 2 de solut.

8) Savigny Obl. R. I. §. 19. Nur dann, wenn die zweite Stipulation ausdrücklich auf ein „idem“ gerichtet war, trat sie der vereinigten Correalobligation ganz nahe (s. Note 3).

9) Der Entwickelungsgang der res judic. lässt vermuthen, dass auch die Stipulation ursprünglich nur die stärkere, novirende Wirkung gehabt haben möge, was auch dadurch unterstützt wird, dass für die accessorische Stipulation keine einfache Bezeichnung in den Quellen sich findet, vielmehr das Verhältniss immer umschrieben wird. (Auf den hier ausgesprochenen Gedanken scheint auch dasjenige sich zurückzuführen, was Salpius a. a. O. S. 131 flg. in weiterer historischer Ausführung über die Natur der Novation des älteren Rechtes als eines formellen Tilgungsactes darzulegen versucht hat.)

10) Gaj. III., §. 180, 181.

11) l. 29 de nov. c. 3 pr. de us. rei jud. 7, 54. l. 2 §. 8 de hered. vel act. vend. 18, 4.

glichen. [12]) Im neueren Rechte verschwand die consumirende Kraft des Processes, und an deren Stelle trat die exceptio rei judicatae in ihrer positiven Function, welche den materiellen Inhalt des Judicats zur Geltung zu bringen bezweckte. [13]) Zufolge dieser Bedeutung der exceptio rei judicatae konnte sich der Verklagte nur noch dadurch vertheidigen, dass er geltend machte: „es ist über diesen Anspruch bereits aberkennend geurtheilt worden.“ Und dies ist auch der Standpunkt des heutigen Rechtes. Nur das aberkennende Urtheil steht der wiederholten Geltendmachung des Anspruchs entgegen. Das zuerkennende Urtheil dagegen begründet neben der ursprünglichen Verbindlichkeit eine neue, von dieser unabhängige Obligation, welche freilich materiell sich mit derselben identificirt.

Das Verhältniss dieses Judicats zur ursprünglichen Verbindlichkeit ist also ein ganz ähnliches, wie das der accessorischen Stipulation. Freilich wirkt das Judicat processualisch und materiell stärker, [14]) ist namentlich nur im Wege der Restitution anfechtbar, während wider die Stipulation umfassende, dem jus ordinarium angehörige Anfechtungsmittel gegeben sind. Hierin liegt aber nur eine äussere, keine innere Verschiedenheit.

Durch die gewählte Bezeichnung „accessorische Stipulaton“ [15]) könnte man übrigens sich versucht fühlen, den Satz hier anzuwenden: cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent; um so mehr, als die ebenwohl auf Stipulation beruhende Obligation der sponsores, fidepromissores und fidejussores sich wirklich in ein solches Abhängigkeitsverhältniss zu der Hauptverbindlichkeit gestellt finden. [16]) Es würde dieses aber ganz irrig sein. Auch der, auf eine bestimmte Leistung gerichteten, accessorischen Stipulation gegenüber tritt der Bestand der älteren Verbindlichkeit, zu deren erneuerten Begründung sie eingegangen wurde, in das Verhältniss der causa zurück. Nur in dem Nichttilgen der älteren, nicht in einer anderen Natur der neubegründeten Obligation (nur rückwärts, nicht vorwärts) zeigt sich die schwächere Kraft der accessorischen Stipulation, im Gegensatz zu der novirenden. Eben so wie diese begründet sie ein selbständiges, von seiner causa unabhängiges Forderungsrecht, für welches die Vergleichung mit den Bürgschaftsobligationen deshalb nicht passt, weil bei diesen schon die Stipulationsformel das Abhängigkeitsverhältniss von der Hauptschuld

12) l. 11 §. 2. l. 29 de novat. l. 65 pro soc. l. 33 §. 1 de solut. l. 36 ad SC. Trebell. 36, 1. l. 3 §. 11 de pecul. (— sicut in stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi.)

13) Den Uebergang bezeichnen diejenigen Stellen, wo gegen die lediglich aus dem Bestand des Urtheils entnommene exc. rei jud. eine replica rei jud. aus dem positiven Inhalte des Urtheils gestattet wird. l. 9. §. 1 de exc. rei jud. 44, 2. l. 16 §. 5 de pign. 20, 1.

14) l. 40 de minor. 4, 4. l. 29 §. 5 mand. 17, 1. l. 11 de except. 44, 1. l. 36 fam herc. 10, 2.

15) Diesen Ausdruck wähle ich, weil der übliche Ausdruck „novatio cumulativa“ durch den Widerspruch, den er in sich selbst trägt, einen grossen Theil zu der Verwirrung, welche in dieser Lehre herrscht, beigetragen hat.

16) Gaj. III. §. 126.

begründet.[17]) Für den Zweck der Bürgschaft als materiellen Sicherungsmittels hat es auch einen sehr guten Sinn, wenn der Bürge zu zahlen verspricht, unter der Bedingung, dass der Hauptschuldner wirklich verpflichtet sei. Eine Stipulation dagegen zwischen Gläubiger und Schuldner, welche lediglich die processualische Sicherstellung der Forderung bezweckt, würde hierfür bedeutungslos sein, wenn das in ihr enthaltene Zahlungsversprechen nur den Sinn hätte: „ich verspreche zu zahlen, wenn ich schuldig bin." Dem Gläubiger wird nur geholfen, wenn der Schuldner zu zahlen verspricht, „weil er schuldig ist," d. h. wenn der ursprüngliche Verpflichtungsgrund in das Verhältniss der causa zurücktritt.

§. 14.

Stipulatio ob causam. — Resultate.

III. Zufolge ihrer abstracten Natur war die Stipulation gerade so gut, als die Eigenthumsübertragung, befähigt, in denjenigen Vermögensverkehr einzutreten, welcher das datum ob causam im engeren Sinne charakterisirt. Die stipulatio ob causam entnahm ihren Grund nicht einer bestehenden Verbindlichkeit, sondern einer ihr abstract gegenüberstehenden Thatsache, welche sich von einem zufälligen Ereigniss bis zu einer eigentlichen Gegenleistung auf das mannigfaltigste abstufen konnte.[1])

Da, wo eine Gegenleistung die causa bildete, konnte diese in jeder in sich vollendeten Vermögenszuwendung, also namentlich in einer Eigenthumsübertragung oder einer gegentheiligen Stipulation bestehen. Beide Vermögenszuwendungen stehen alsdann im Verhältniss der causa sich gegenüber.

Die stipulatio ob causam unterlag hiernach einer dem datum ob causam völlig entsprechenden Behandlung. Ja sie bewahrte das ursprüngliche Verhältniss um so reiner, als das Recht der actio praescr. verb. auf sie nicht eingewirkt zu haben scheint, da wir diese Klage lediglich auf Grund einer Stipulation nicht gegeben finden. (S. 33.)

Fassen wir nunmehr die Resultate zusammen, welche die Vergleichung der Tradition und Stipulation im Verhältniss zu ihrer causa ergiebt; so sind es folgende:

I. Das datum credendi causam findet im Gebiet der Stipulation kein Analogon.

17) S. oben S. 20. — Die Verschiedenheit ergiebt sich deutlich aus l. 3 de resc. vend. 18, 5, wo die Auflösung eines Kaufs durch mutuus consensus den Bürgen ipso jure befreit, der Stipulation der Contrahenten gegenüber aber nur eine Exception begründet.

1) Ein Beispiel für Fälle der ersten Art bildet die stip. als mortis causa donatio (l. 34 de m. c. donat. 39, 6. l. 26 de jure dot. 23, 4.) Der wichtigste Fall der zweiten Art bestand in der stip. credendi causa, d. h. in dem Austausch der Stipulation mit einer Geldzahlung (s. S. 33 Note 7 u. d. folg. §.).

II. Derjenigen Eigenthumsübertragung, welche aus einer bestehenden Schuld ihre causa entnimmt und zu dieser der Natur der Sache nach nur mit tilgender Wirkung in Beziehung treten kann, entspricht ein erweitertes Gebiet der Stipulation, indem diese nicht blos tilgend (novirend), sondern auch accessorisch hinzutretend wirksam wird. Man kann daher die Stipulation, welche in ihrem Verhältniss zur causa dem datum solvendi causa entspricht, als stipulatio debiti, [2]) oder auch als stip. ex causa praecedente [3]) bezeichnen.

III. Dem datum ob causam entspricht im Wesentlichen die stipulatio ob causam.

Diese beiden Arten von Stipulation — stipulatio debiti und ob causam — finden sich im gemeinsamen Gegensatz zur Schenkung in folgender Stelle Ulpians zusammengestellt:

l. 19 §. 4. de donat. Si quis servo pecuniam crediderit, deinde si liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat. §. 5. Sed et hae stipulationes, quae ob causam fiunt, non habent donationem.

Aehnlich, obschon minder klar, ist diese Zusammenstellung auch in folgender Stelle enthalten:

l. 1. de cond. sine causa: Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. §. 1. Sed esti ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. §. 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore.

Im princ. wird die stip. debiti erwähnt, welche, wenn sie sine causa geschehen, eben so wie die indebiti solutio der Condiction unterliegt. Die folgenden Paragraphen behandeln die stip. ob causam, und zwar §. 1 den häufigsten Fall der Anfechtung derselben ob causam non secutam; der §. 2 sodann andere Fälle, welche diesem gleichgestellt werden.

Endlich ergiebt auch den nämlichen Gegensatz §. 1 und 2 J. de except. (4, 13), wo beide Arten der Stipulation im Hinblick auf ihre Anfechtbarkeit einander gegenüber gestellt sind. Davon wird unten noch weiter die Rede sein.

§. 15.

Wann stipulatio debiti, wann ob causam?

Der Unterschied zwischen stipulatio debiti oder ex causa praecedente und stip. ob causam ist hier näher entwickelt, weil für die Anfechtung

2) Nach Analogie des legatum debiti.

3) Vergl. l. 1 pr. de novat Wir werden diesen Ausdruck unten bei der Lehre von der exceptio non num. pec. wiederfinden

beider die wichtige Verschiedenheit obwaltet, dass solche bei letzterer nach den Regeln der condictio ob causam datorum, bei ersterer dagegen nach den eigenthümlichen Grundsätzen der condictio indebiti stattfindet. Es ist daher auch von Interesse, noch näher zu untersuchen, wie in den einzelnen Fällen beide Gebiete der Stipulation sich abgrenzten.

Im allgemeinen ergiebt sich diese Grenzlinie sehr einfach aus der Natur der Sache. Zunächst ist soviel klar, dass überall, wo die Stipulation auf ein noch in der Zukunft zu begründendes Verhältniss, also auf eine causa futura, Bezug nahm, nur von einer stip. ob. causam die Rede sein konnte. Denn eine bestehende Schuld muss jederzeit ihre Grundlage in der Vergangenheit haben.

Aber auch im Gebiete der causa praeterita macht sich die Unterscheidung für die meisten Fälle einfach und leicht. Wer für eine Ehe, die er bereits für geschlossen hält, eine dos verspricht, wer mit einem vermeintlichen Procurator, den er bereits bevollmächtigt glaubt, eine Stipulation eingeht, [1]) von dem ist es klar, dass er durch die gedachten Voraussetzungen nicht eine bestehende Schuld anerkannt habe, dass daher seine Stipulation nur als ob causam erfolgt zu betrachten sei. Umgekehrt lässt sich da, wo Jemand mit Beziehung auf ein ihm auferlegtes Legat, ein von ihm begangenes Delict oder einen eingegangenen Consensualvertrag promittirt, an der Natur der Stipulation als stip. debiti nicht zweifeln. [2])

Ein wahrhaft zweifelhaftes Gebiet beginnt erst da, wo die Stipulation einer ihr gegenüberstehenden Realleistung ihre causa entnimmt. Hier entsteht die Frage, in welchem Verhältnisse musste die Realleistung zu der Stipulation stehen, damit man sagen könne, die Stipulation sei mit Beziehung auf eine bestehende Schuld erfolgt?

Es beantwortet sich diese Frage im classischen Recht durch die Erörterung der nah verwandten Frage, inwieweit die einer Stipulation gegenüberstehende Realleistung als selbständige Grundlage einer materiellen Obligation betrachtet wurde. Wir finden diese Frage sehr genau besprochen beim Darlehn. Dieses Rechtsgeschäft wurde, seiner materiellen Bedeutung nach, so häufig im Wege des Austausches zwischen Geld und Stipulation eingegangen, dass wir diese Form fast als die regelmässige ansehen dürfen. [3]) Ueber das rechtliche Verhältniss, welches in diesem Falle eintritt, sprechen folgende Stellen:

l. 6 §. 1 de novat. (Ulpianus): Quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.

1) Vergl. l. 58 pr. de solut. 46, 3. l. 14 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

2) Beispiele bei Gneist S. 139 flg.

3) l. 6. §. 1 de neg. gest. l. 2 §. 5. l. 9 §. 4—7. l. 30 de R. C. l. 3. §. 3 u. 4. l. 4—6 ad. SC. Mac. l. 126 de V. O. l. 9 pr. l. 16 de adm et peric. tut. l. 20 §. 1 de in rem verso. §. 2. J. de. except. — Auch bei uns kommt öfters ein ähnliches Verhältniss vor. Der Darleiher lässt sich zu seiner Sicherheit einen Wechsel ausstellen und dann erscheint das gegebene Geld juristisch nicht mehr als Darlehn, sondern als Zahlung auf den Wechsel. Seuffert VIII. Nr. 79.

l. 7 eod. (Pomponius): Quum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis stipulationis implendae gratia numeratio intelligenda est fieri.

l. 126 §. 2 de V. O. (Paulus) — quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione.

Diese Gesetze lassen Folgendes erkennen. War die Geldzahlung bereits längere Zeit der Stipulation vorausgegangen, so galt die Darlehnsobligation ihrem natürlichen Bestande nach (S. 12) als vollendet; die Stipulation fand eine schon bestehende Verbindlichkeit vor und entnahm dieser ihre causa. Wurden dagegen Stipulation und Geldzahlung gleichzeitig ausgetauscht, einerlei ob diese oder jene unmittelbar vorausging, so erschien den Römern die Beziehung beider auf einander zu überwiegend, als dass der Geldzahlung daneben noch die Function, eine Darlehnsobligation (die condictio mutui) zu begründen, zuerkannt worden wäre. Die Geldzahlung war nur Gegenleistung für die Stipulation — expleta est numeratione substantia obligationis. [4]) Die Stipulation absorbirte die materielle Obligation in ihrer Entstehung. Es ist dies die nämliche Kraft, welche sich beim nachträglichen Zutritt der Stipulation als Novation äussert; nur übte sie dieselbe, wo sie gleichzeitig zutrat, also nicht etwas schon Bestehendes, Vollendetes zu überwinden hat, unbedingter aus. [5])

Wenn also auch in dem Falle eines gleichzeitigen Austausches zwischen Stipulation und Geldzahlung eine Darlehnsobligation im rechtlichen Sinne gar nicht entstand, so ergiebt sich von selbst, dass die Stipulation auch in diesem Falle nicht als zu einer bestehenden Schuld in Beziehung tretend betrachtet werden konnte. Die hier dargestellten Grundsätze sind daher sehr geeignet, die Grenzlinie zwischen stip. debiti und stip. ob causam zur anschaulichen Klarheit zu bringen. Eine stip. debiti ist nur dann vorhanden, wenn die Realleistung, auf welche sie Bezug nimmt, in bestimmter Vergangenheit liegt. Nur in diesem Falle entspricht die Stipulation in ihrer Stellung zur causa einem datum solvendi causa; denn man bezahlt nur eine bestehende, nicht eine entstehende Schuld. An diesem Resultate werden wir aber bezüglich der wichtigen für die Anfechtung der Stipulation sich daran knüpfenden Folgen auch dann noch festzuhalten haben, wenn gleich anzunehmen sein dürfte, dass das spätere Recht jene Grundsätze über die ausschliessliche Wirksamkeit der Stipulation einer gleichzeitigen oder nachfolgenden Geldzahlung gegenüber nicht beibehalten.

4) l. 6 de SC. Mac. 14, 6.

5) Die Worte in l. 6 de novat. „unus contractus est“ dürfen nicht dahin verstanden werden, dass Stipulation und Geldzahlung zusammen einen Contract oder Act bildeten; sie bedeuten vielmehr dasselbe, was in l. 126 de V. O. die Worte „non duae obligationes nascuntur sed una verborum“, d. h. nur die Stipulation obligirt, an die Geldzahlung aber knüpft sich keine materielle Obligation an. Die Zahlung erfolgt nicht credendi causa, sondern lediglich in Hinblick auf die Stipulation als Gegenleistung (ob causam).

Aehnlich wie beim Darlehn verhielt sich die Stipulation ohne Zweifel bei allen anderen darlehnähnlichen Geschäften. So namentlich bei der dos, deren Rückerstattung regelmässig im Wege der Stipulation versprochen wurde. Ferner bei der Hingabe von Sachen zum quasi ususfructus, wo die Sicherung durch Stipulation (cautio usufructuaria) dergestalt die Regel bildete, dass einer an den natürlichen Bestand des Verhältnisses sich anknüpfenden Condiction nur nebenbei und nicht ohne Zweifel gedacht wird. [6]) Bei anderen Realverträgen dagegen, namentlich den nicht mit Eigenthumsübertragung verbundenen, finden wir die Stipulation weit seltener angewendet, wofür das geringere Bedürfniss processualischer Sicherung (S. 1) den natürlichen Grund abgeben dürfte.

§. 16.

Wann novirende, wann accessorische Stipulation? — Stipulatio Aquiliana.

Nur bei der stip. debiti entstand also die Frage, ob sie mit tilgender oder mit accessorischer Wirksamkeit eintrete. Die Entscheidung dieser Frage war von Wichtigkeit nicht allein für die Wahl der Klagformel, sondern auch, weil davon der Fortbestand der Accessionen der ursprünglichen Obligation (Pfänder, Bürgen etc.) abhing, welche durch Novation untergingen. [1]) Jene Frage entschied sich nach dem „quod actum est“, d. h. nach der der Stipulation zu Grunde liegenden Verabredung. Wo diese nicht erhellte oder unbestimmt war, mussten die Umstände entscheiden. Hier konnte nun ein Umstand vorliegen, welcher sehr bestimmt gegen die novirende Absicht sprach: wenn nämlich die zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und Schuldner eingegangene Stipulation den Inhalt der früheren Obligation unverändert wiederholte. Denn in diesem Falle konnte die Stipulation nur die processualische Sicherung bezwecken; und dieser Zweck liess zugleich die Absicht unterstellen, dass die ältere Obligation, deren Fortbestand ja die processualische Sicherheit noch erhöhte, beibehalten werden sollte. Daher finden wir schon bei Gajus (III. §. 177) den Ausspruch:

Si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore obligatione novi sit; forte si condicio, vel sponsor, aut dies adjiciatur aut detrahatur.

Aber auch Veränderungen, welche nur Nebenpunkte betrafen und mit dem Fortbestande der Obligation im Uebrigen vereinbar waren, liessen keinen sicheren Schluss auf den animus novandi zu. Wenigstens waren Differenzen hierüber nicht allein möglich, sondern auch wirklich vorhanden. [2]) Je mehr nun im Laufe der späteren Kaiserzeit die Bedeutung der Stipulation sank und der Gedanke eines in ihr enthaltenen Befriedigungsmittels dem allgemeinen Rechtsbewusstsein sich entfremdete, um so mehr musste unter Mitwirkung des Grundsatzes, dass Verzichte überhaupt nicht zu vermuthen sind, die Annahme Raum gewinnen, dass die Stipu-

6) l. 5 §. 1 de usufr. ear. rer. 7, 5. cf. l. 9. §. 4 ad exhib. 10, 4.
1) l. 18, 27, 29 de novat. l. 11, 31 de pign. act. 13, 7. c. 4 de fidej. 8, 41.
2) Vergl. Gaj. III. §. 178 §. 3 I. quib. mod. obl. toll. 3, 29.

lation im Zweifel nicht novire. In processualischer Hinsicht war ohnehin der Frage, ob Novation oder nicht, mit Aufhören des Formularprocesses die Spitze abgebrochen. Denn in dem neuen an keine Formel gebundenen Verfahren konnte der Einwand der Novation keinen Grund mehr abgeben, die auf den ursprünglichen Schuldgrund gestützte Klage zurückzuweisen, wenn sich ergab, dass auch nach Inhalt der novirenden Stipulation der Klaganspruch in gleicher Weise begründet war. [3]) Nach diesem Allen lag es in der natürlichen Fortbildung des Rechtes, dass man schliesslich zu einer strengen Vermuthung wider die novirende Kraft der Stipulation gelangte, dergestalt, dass die ursprüngliche Verbindlichkeit nebst ihren Accessorien nur insoweit als aufgehoben galt, als der Inhalt der neuen Obligation mit ihr in Widerspruch stand, oder die Aufhebung ausdrücklich verabredet war. Und diese Vermuthung hat in der bekannten Constitution Justinians, c. 8 de novat. (8, 42), einen bestimmten Ausdruck gefunden; wonach dann auch viele Pandektenstellen, in denen von Novation die Rede ist, durch Einschieben oder Anhängen des Sätzchens: si hoc actum est, augenscheinlich interpolirt sind. [3a])

Ihren Worten nach redet diese Constitution nur von den Fällen, wo einer bereits bestehenden Obligation eine neue formelle Grundlage gegeben wurde. Aus inneren Gründen halte ich es für nicht unwahrscheinlich, dass in gleichem Masse auch die absorbirende Kraft der Stipulation, wo sie zu einer gleichzeitigen oder später eintretenden Leistung, z. B. einer Geldzahlung, in Beziehung stand, abgenommen habe; dass daher auch in diesem Falle die Geldzahlung zugleich als wirkliches Darlehn aufgefasst worden sei, und der Satz des classischen Rechts: id agitur, ut sola stipulatio teneat, zu Justinians Zeiten seine praktische Bedeutung verloren haben möge. [4])

In der bisherigen Betrachtung der stip. debiti wurde unterstellt, dass die materielle Verbindlichkeit ihrem gesammten Inhalte nach in der Stipulation aufgegangen sei. Wie aber, wenn nun beide sich nicht decken, wenn ein Theil der ursprünglichen Verbindlichkeit ausserhalb der Stipulation liegen geblieben ist? — Hier besteht der nicht gedeckte Theil der ursprünglichen Verbindlichkeit als von der Stipulation unberührt fort; es müsste denn gerade Absicht gewesen sein, an die Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit in ihrem ganzen Umfange die geringere Stipulationsverbindlichkeit treten zu lassen. [5])

3) Es musste hier ein ähnliches Verhältniss eintreten, wie bei der exc. rei judicatae (S. 39 Note 13).

3a) Der grosse, zum Theil sehr unfruchtbar geführte Streit über die c. 8 de novat. würde schwerlich entstanden sein, wenn man stets über das, was man sich als Gegensatz der Novation zu denken habe, d. h. über den Begriff der accessorischen Stipulation, völlig klar gewesen wäre.

4) Vielleicht liegt diese Anschauung schon folgender Stelle Modestin's (eines der spätesten Pandektenjuristen) zu Grunde: l. 52. §. 3 de O. et A.: Re et verbis pariter obligamur, quum et res interrogationi intercedit.

5) Vergl. l. 4 §. 1 de usur. 22 1. l. 3 §. 1 de act. emt. 19, 1. l. 58 de V. O. l. 20 fam. herc. 10, 2. Auch die Grundsätze über die Ergänzung der Pönal-Stipulationen durch die Interessenklagen gehören hierher. l. 28 de act. emt. l. 41, 42 pro soc. 17, 2.

Es konnte nun aber im Interesse der Betheiligten liegen, dass solche ausserhalb der Stipulation liegende Ansprüche nicht übrig blieben; was namentlich alsdann der Fall war, wenn die Freigebung Jemandes von allen möglichen Ansprüchen durch Acceptilation bewirkt werden sollte. Zu diesem Ende hatte Gallus Aquilius eine umfassende Stipulationsformel (Quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit etc.) erfunden, deren Acceptilation dann gegen alle weiteren Ansprüche sicherte. [6]) Wir finden diese stipulatio Aquiliana sehr häufig, und zwar vorzugsweise bei Vergleichen angewendet; [7]) gerade so, wie auch heutzutage in Vergleichen oft die Bestimmung getroffen wird: „Kläger entsagt allen weiteren Ansprüchen wider den Verklagten, worin sie auch bestehen mögen."

Capitel III.

Einfluss der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation.

§. 17.

Auslegung der Stipulation mit Rücksicht auf die causa.

Das Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa haben wir bisher seinem Grundcharakter nach als ein Verhältniss der Unabhängigkeit kennen gelernt. Im Gegensatz hierzu sollen nunmehr die Einflüsse dargestellt werden, welche der materielle Bestand des Rechtsverhältnisses auf die Wirksamkeit der Stipulation übt, wodurch jenes Princip erhebliche Abschwächungen erleidet.

Zunächst macht sich jener materielle Bestand bei Auslegung der Stipulation geltend. Es ist dies der nämliche Einfluss, welchen überall im Rechte der erzeugende Gedanke auf die erzeugte Form innerhalb der dieser beiwohnenden Elasticität ausübt. Die allgemeinsten Aussprüche in der hier fraglichen Beziehung sind:

l. 34 de R. J. Semper in stipulationibus — id sequimur, quod actum est; etc.

l. 5 de V. O. — Conventionales (stipulationes) sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum; nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto.

l. 52 de V. O. In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant; etc. [a])

6) Das ausführliche Formular in §. 2. I. quib. mod. obl. 3, 29 u. l. 18 §. 1. de accept. 46, 4.

7) l. 2, 4, 5, 15 de transact. 2, 15. — c. 3, 4, 15, 32, 40 ej. tit. 2, 5.

a) Allerdings scheinen diese Stellen unmittelbar nur den Fall vor Augen zu haben, wo ein Obligationsverhältniss schon in seiner ersten Entstehung in Stipulationen eingekleidet wird. Der zu Grunde liegende Gedanke rechtfertigt aber die gleiche Anwendung auch bei Umwandlung einer bestehenden Obligation in eine verb. obligatio.

Im Allgemeinen wird diese Auslegungsmaxime mehr zu Gunsten des Schuldners als des Gläubigers angewendet, und zwar aus dem Grunde, weil ja der Stipulator als Fragsteller in seiner Macht habe, die Verpflichtung des Schuldners umfassend bei der Stipulation zu formuliren. [1])

Specieller ergiebt sich die Richtung, in welcher Stipulationen nach dem vermuthlichen Willen der Contrahenten ergänzt worden, aus l. 126 §. 2 de V. O.:

Plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt; raro inesse tempus, vel conditionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est, nunquam personam, nisi expressa sit.

Beispiele für diesen Ausspruch sind in folgenden Bestimmungen enthalten. Die Stipulation, wodurch eine dos versprochen wird, soll bei nicht zu Stande gekommener Ehe ipso jure ungültig sein; [2]) eine zugestandene Zahlungsfrist wird, auch wenn die Stipulation unbedingt gefasst ist, als Bedingung supplirt; [3]) die Stipulation eines bedingten Legats wird ipso jure ungültig, wenn der Legatar vor Eintritt der Bedingung stirbt; [4]) die Stipulation: quod te mihi illis Kalendis dare oportet, id dare spondes? gilt in gleicher Weise, wie die ursprüngliche Schuld, für betagt. [5]) Aus diesem Gesichtspunkte sind denn auch diejenigen Stellen zu erklären, welche die Novation einer bedingten Forderung nur nach Eintritt der Bedingung als wirksam bezeichnen (S. 36); desgleichen die Bestimmung, dass derjenige, welcher eine Collation versprochen hat, nach ausgeschlagener Erbschaft gegen die Stipulationsklage ipso jure geschützt sein soll. [6])

Weitere Auslegungen der Stipulation ex sententia contrahentium ergeben: l. 5 de transact. l. 115 §. 2 de V. O. und ferner l. 4 pr. de usuris (wo von der Stipulation aus einem Kaufvertrage gesagt wird: non est verisimile, plus venditorem promississe, quam judicio emti praestare compelleretur).

Eine noch weit biegsamere, dem materiellen Verhältniss sich anschmiegende Natur gewann die Stipulation, wenn ihr, wie öfters geschah, die s. g. doli clausula beigefügt war. [7]) Hierdurch wurde sie factisch zu einem negotium bonae fidei, so dass alles, worüber man nicht wörtlich übereingekommen, im Sinne der nachgewiesenen Absicht der Contrahenten supplirt werden konnte.

Wo aber die bisher betrachteten Interpretationsmittel nicht ausreichten, da wurde endlich die Stipulation, welche mit dem wahren Willen der Contrahenten in Widerspruch stand, durch die exceptio doli ausser Wirksamkeit gesetzt.

l. 36 de V. O. Si quis, quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus,

1) l. 99 de V. O. l. 26 de reb. dub. 34, 5.
2) l. 4 §. 2 de pact. l. 21. l. 41 §. 1. l. 43. l. 68 de jure dot. 23, 3.
3) l. 4 §. 3 de pact.
4) l. 1 §. 14 ut legat. serv. causa 36, 3.
5) l. 47 de V. O.
6) l. 3 §. 5 de coll. 37, 6.
7) l. 38 §. 13. l. 53. l. 121 pr. §. 1 de V. O. l. 73 de V. S. Savigny V. S. 485 flg. Beispiele bei Brisson. de form. VI. 177.

sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet; quum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.

Diese Behandlung der Stipulation [8]) bildet zugleich den Uebergang zu der Betrachtung des wichtigsten Einflusses, welchen der Bestand des materiellen Verhältnisses auf die Wirksamkeit der Stipulation übte, nämlich der Anfechtbarkeit der Stipulation wegen Mangels der causa. Für diese Darstellung aber bildet die Anfechtung, welcher aus den nämlichen Gründen das übertragene Eigenthum unterliegt, eine so vollkommene Parallele, dass wir auf die letztere Lehre vollständig zurückgehen müssen.

§. 18.

Anfechtung der Stipulation wegen Mangels der causa. Condictio ob causam datorum.

Die verschiedenen Gesichtspunkte, unter welchen die Mängel der causa sich darstellen können, sind bereits oben (§. 3 a. E.) hervorgehoben. Hier ist vor allem der wichtigste Fall zu erörtern, wenn es nämlich an dem objectiven Bestande der causa fehlt. Man sagt alsdann, es sei sine causa [1]) geleistet, und wir müssen uns vor Allem von dem Gedanken entwöhnen, als ob eine sine causa geschehene Vermögensübertragung eine solche sei, welche subjectiv der causa d. h. eines bewussten Zwecks ermangele. In diesem Sinne sine causa leisten könnte nur der Wahnsinnige und wer ihm gleichsteht. Dieser bedarf aber keiner Anfechtung seiner Vermögensübertragung, weil solche von selbst ungültig ist; nur zufällig durch Consumtion des Gegebenen kann hier ein ähnliches Verhältniss entstehen, wie bei einer der objectiven causa ermangelnden Leistung eines Willensfähigen.

Wenn Tradition das Eigenthum, Stipulation ein Forderungsrecht unabhängig von ihrem Rechtsgrunde übertragen, so ist dies ein Product des Willens, welcher dort naturali ratione, hier kraft eines künstlichen Abstractionsprocesses die Vermögenszuwendung von ihrem Rechtsgrunde isolirt. Aber dieser Willen ist, wenn auch äusserlich vollendet, doch bei Ermangelung der causa ein innerlich unvollendeter; es besteht das Verhältniss „zwar mit dem wirklichen, aber gegen den eigentlichen Willen des Uebertragenden.“ [2]) Diesem ist deshalb ein persönliches

8) Ein Beispiel in l. 20 de evict. 21, 2.

1) Den Ausdruck sine causa finden wir auch bei der Pollicitation angewendet. „Ex causa polliceri“ heisst etwas angeloben im Hinblick auf ein objectives Ereigniss, z. B. ob honorem; propter ruinam, quae reipublicae contigit etc. Im Gegensatz hierzu ist eine pollicitatio sine causa eine solche, wo von vornherein an einen solchen besonderen Grund der Zuwendung nicht gedacht, also eine reine Liberalität vorhanden war, oder wo das fragliche Ereigniss nicht eintrat. Vergl. l. 1, 4, 6, 11 de pollic. 50, 12.

2) Windscheid S. 2. Mit Recht bezeichnet dieser die causa (Voraussetzung) als eine „unentwickelte Bedingung.“ Mit dieser stimmt sie im letzten Resultate überein. Während aber die Bedingung unmittelbar annullirend auf das Rechtsverhältniss wirkt, übt die causa nur einen mittelbaren Einfluss durch Gewährung eines persönlichen Anspruches auf Rückgängigmachung.

Recht der Rückforderung bezüglich des übertragenen Vermögensobjectes verliehen.

Die Klage, mittelst deren dieses Recht geltend zu machen steht, ist eine condictio, im Allgemeinen als condictio sine causa zu bezeichnen. Besondere Abzweigungen derselben bilden die condictio ob causam datorum, von welcher wieder die cond. causa data causa non secuta eine besondere Richtung bezeichnet; sodann die cond. indebiti.

Die persönliche Natur dieser Klagen zeigt sich nicht allein darin, dass sie gegen den dritten Besitzer des übertragenen Eigenthums nicht zustehen, sondern namentlich auch darin, dass sie da, wo die causa der Uebertragung aus dem Verhältniss zu einem Dritten entnommen ist (§. 7), regelmässig nur gegen diesen Dritten, nicht gegen den Empfänger zu richten sind. [3])

Allen jenen Condictionen liegt das Element der aequitas, namentlich der Satz zu Grunde: Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. [4]) So wie aber dieser Satz überhaupt kein absolut anwendbares Princip abgiebt, [5]) so haben wir auch hier die besonderen materiellen und processualischen Voraussetzungen, unter welchen er zur Anwendung kommt, zu untersuchen.

Betrachten wir zunächst den Fall, wo Eigenthum übertragen ist mit Beziehung auf eine causa futura, sei es, dass diese in ein Ereigniss zufälliger Natur oder in eine eigentliche Gegenleistung gesetzt wurde; z. B. es hat Jemand eine dos für eine noch zu schliessende Ehe, oder eine Sache zum Tausche für eine andere, deren Uebertragung er noch erwartet, gegeben. Unterstellen wir ferner, dass es bereits, entweder durch zulässige Ausübung des s. g. jus poenitendi, oder in sonstiger Weise feststehe, dass der Eintritt der causa nicht mehr erfolgen werde. Der Geber will sich deshalb der condictio causa data causa non secuta bedienen. Wodurch wird nun in diesem Falle die Condiction begründet? — Lediglich durch den Nichteintritt der causa, unabhängig davon, ob der Condicent bei der Hingabe den Nichteintritt der causa hätte wissen können oder nicht, unabhängig selbst davon, ob er diesen Nichteintritt selbst verschuldet hat. Zahlreiche Belege hierfür ergeben die Quellen. Zunächst das Reurecht selbst, welches, mindestens in bestimmten Fällen, dem ob causam Leistenden zugestanden wird. [6]) Die Frau, welche mit Beziehung auf eine von ihr beabsichtigte Ehe eine dos gegeben, kann diese nach aufgelöstem Verlöbniss zurückfordern, einerlei ob sie bei der Lösung des Verlöbnisses in Schuld ist oder nicht. [7]) Selbst wenn sie bei beabsichtigter Eingehung einer unerlaubten Ehe eine dos gegeben, steht ihr die Rückforderung zu. [8]) Der-

3) l. 12 u. 13 de novat. l. 9. §. 1 de cond. c. d. c. n.

4) l. 206 de R. J. l. 14, 66 de cond. ind. 12, 6.

5) Savigny III. S. 451.

6) l. 3 §. 2, 3. l. 5 pr. §. 1 u. 2 de cond. c. d. c. n. s. l. 5 §. 1 de praescr. verb. 19, 5. l. 1 §. 4 de rer. perm. 19, 4. c. 5, 7 de rer. perm. 4, 64. — Ueber die Frage, ob das Reurecht allgemein oder nur unter gewissen Voraussetzungen in diesen Fällen zustehe, vergl. Erxleben II. §. 7.

7) l. 7 §. 3 de jure dot. 23, 3. l. 38 §. 1 de usur. 22, 1.

8) l. 5 de cond. sine causa 12, 7.

jenige, welcher zur Erfüllung einer ihm durch Testament auferlegten Bedingung, oder zur Erfüllung seiner Collationspflicht etwas hingiebt, darf dies, wenn er nachher die Erbschaft nicht erwirbt, zurückfordern, ohne dass ihm entgegengestellt werden kann, er hätte ja antreten können oder wissen müssen, dass er nicht antreten werde. [9]) Wenn Jemand einem Soldaten, welcher rechtlich nicht zum Procurator bestellt werden durfte, für eine von ihm zu übernehmende Procuratur Geld gegeben, so kann dieses zurückgefordert werden, ohne dass der Rechtsirrthum im Wege steht. [10]) Alle diese Fälle beweisen, dass es für die Rückforderung des solchergestalt ob causam Gegebenen auf eine rechtliche Entschuldigung der Hingabe nicht ankommt. Die beigefügte causa wirkt ähnlich einer Bedingung, welche um nichts weniger ihre Wirksamkeit äussert, wenn auch derjenige, welcher bedingt hingegeben, gleich anfangs hätte wissen können, dass die Bedingung nicht eintreten werde.

Unterstellen wir, es sei bei der Condiction streitig: an causa secuta sit? so entsteht die Frage, wer hier Beweis zu führen habe, ob der Kläger über den Nichteintritt oder der Verklagte über den Eintritt der causa? — Ohne Zweifel der letztere. Die Beweispflicht des Klägers als solchen bezieht sich nur auf die positiven thatsächlichen Grundlagen seiner Klage. Diese bildet lediglich die erfolgte Hingabe unter Verhältnissen, welche an und für sich die Rückforderung begründen. Bei der Hingabe waren beide darüber einig, dass das Geschäft eine materiell unvollendete Natur habe, und dass dasselbe erst durch Eintritt der causa zu einer inneren Vollendung gelange; den Umstand, dass das so eingeleitete Verhältniss eine Veränderung erlitten, muss derjenige beweisen, welcher die Veränderung für sich geltend macht, d. h. der Verklagte. [11]) In diesem Sinne kann man hiernach sagen: die Behauptung des Eintritts der causa bildet der Condiction gegenüber eine Einrede. [12])

9) l. 1 §. 1. l. 2 de cond. c. d. c. n. s. l. 63 §. 3. l. 34 de cond. indeb. l. 13 de cond. c. d. c. n. s. l. 3 §. 5 de coll. bon. 37, 6.

10) c. 5. de cond. ob caus. dat. 4, 6.

11) Uebereinstimmend hiermit Windscheid Nr. 117; auch scheint der Widerspruch, welchen Erxleben (II. S. 499) entgegensetzt, mehr darauf hinzuzielen, dass der Kläger, wenn ihm kein jus poenitendi zustehe, ein Verhältniss zu beweisen habe, zufolge dessen der Eintritt der causa nicht mehr erfolgen könne. Dies ist richtig, aber nicht mit der obigen Frage zu verwechseln. Wenn z. B. eine dos zurückgefordert wird, weil die Frau, die der Verklagte heirathen sollte, vor der Heirath verstorben sei, so hat allerdings der Kläger zu beweisen, dass die Frau verstorben sei; behauptet aber Verklagter, die dos sei perfect geworden, weil er die Ehe vor dem Tode der Frau mit dieser abgeschlossen, so hat er ohne Zweifel den Abschluss der Ehe zu beweisen. — Dem Practiker kann noch folgender Fall als Beispiel dienen. Nach Kurh. Particularrecht sind Verträge über Grundeigenthum nur gültig, wenn sie gerichtlich abgeschlossen sind. Wenn daher Jemand aussergerichtlich Grundeigenthum gekauft und den Kaufpreis darauf bezahlt hat, so kann er denselben jederzeit als sine causa geleistet zurückfordern. Behauptet nun aber der Verklagte, den Kaufpreis behalten zu dürfen, weil nachträglich der Kauf gerichtlich abgeschlossen sei, so hat er den gerichtlichen Abschluss zu beweisen.

12) Im Allgemeinen sei hier bemerkt, dass ich zwischen der römischen Exception und der heutigen Einrede unterscheide. Beiden gemeinsam ist, dass sie dem Klaggrunde indirect gegenüber stehen. Als Klaggrund des röm. Rechtes hat man sich aber das Rechtsverhältniss zu denken, wie es in der intentio der Formel seinen

Denken wir uns nun die Sache insofern anders, dass die Betheiligten, sei es bei der Verabredung, welche die Leistung bestimmt, sei es bei der Leistung selbst, davon ausgehen, dass das die causa der Leistung bildende Verhältniss oder Ereigniss bereits eingetreten sei. Also A. verspricht oder giebt dem B. eine dos, welche er ausdrücklich dabei als für eine vom B. bereits geschlossene Ehe bestimmt bezeichnet. In dieser Bestimmung spricht sich also zugleich die Ansicht des Gebers aus, dass die causa (die Ehe) bereits existire. Die so geäusserte Ansicht über ein die Rechte des Gebers beschränkendes Verhältniss hat die Natur eines Zeugnisses wider sich selbst, eines Geständnisses, wenn die objektive Existenz der causa in Frage kommt, auch die richterliche Ueberzeugung zu bestimmen, d. h. ein Beweismittel für die Existenz der causa abzugeben geeignet ist. Ja es kann dieses Moment so stark wirken, dass es an und für sich die richterliche Ueberzeugung vollständig begründet, und deshalb der Richter dazu gelangt, bei der Condiction von dem Verklagten keinen weiteren Beweis, vielmehr lediglich vom Kläger Beweis über die Nichtexistenz der causa zu begehren.[13]) Wird aber dieser Beweis geführt, so ist damit die Condiction begründet. Es bedarf hier überall keiner rechtlichen Entschuldigung, dass der Hingebende die causa als existent angenommen habe.

Der allgemeine Sprachgebrauch pflegt jenes Geständniss, welches die hier betrachtete Wirksamkeit übt, als Anerkennung zu bezeichnen. Derjenige, welcher für eine Ehe, als eine bereits abgeschlossene, eine dos bestellt, erkennt damit die Existenz dieser Ehe an. Wenn Jemand unter Bezugnahme auf ein Testament conditionis implendae causa etwas

Ausdruck fand (Nm. Nm. dare oportere; rem Ai. Ai. esse). Als Klaggrund im heutigen Process gelten die Thatsachen, aus deren Nachweisung jenes Rechtsverhältniss processualisch gefolgert wird. Beide Auffassungen sind deshalb nicht identisch, weil nicht alle Thatsachen, welche (positiv oder negativ) das Rechtsverhältniss bedingen, positiv nachgewiesen werden müssen, vielmehr Thatsachen gewisser Art (namentlich die negativen und die, welche den Fortbestand des Rechtes betreffen) präsumirt werden. Ein gegen diese Präsumtion gerichtetes Vorbringen, obgleich dadurch der Bestand des Rechtsverhältnisses negirt und daher keine röm. Exception begründet wird, gestaltet sich gleichwohl processualisch zur Einrede (z. B. der Zahlung, Simulation etc.). Umgekehrt kann schon der Klaginhalt einen thatsächlichen Stoff ergeben, der im röm. Process gleichwohl nur dann Berücksichtigung fand, wenn deshalb eine Exception erbeten und diese in die Klagformel aufgenommen war; während heutzutage, wo das Recht der Exception als solches nicht mehr besonders erbeten zu werden braucht, jene Thatsachen von selbst zu Gunsten des Verklagten Beachtung finden. Dadurch erscheinen gewisse Exceptionen heutzutage in der Regel nicht mehr als Einreden. Dahin gehören die exc. excussionis, SC. Vellejani, auch (wie sich unten zeigen wird) die exc. non num. pecuniae. — Die Begriffe von Exception und Einrede haben sich hiernach gegen einander verschoben und fallen nur theilweise zusammen. Exception ist das selbständige Rechtsmoment, dessen Aufnahme in die Formel vom Verklagten erbeten werden musste; Einrede die selbständige Thatsache, welche vom Verklagten behauptet und erwiesen werden muss. Der Begriff der ersteren beruht auf der Individualität des Rechtsverhältnisses, der der letzteren auf der Individualität der juristischen Thatsache. Jener hat nur noch eine materielle Bedeutung und steht mit der Beweislast in keinem nothwendigen Zusammenhange; dieser ist ein rein processualischer und wird durch die Beweislast bestimmt. — Ohne Eingehen in diese Begriffe würde Manches hier unverständlich bleiben.

13) Im Wesentlichen stimmt hiermit überein Windscheid Nr. 119.

giebt, erkennt er dadurch an, dass ein solches Testament existire. Gründet er hiernächst auf das Gegentheil dieser Annahme eine Condiction, so wird ihm jene Anerkennung insofern in den Weg treten, als danach die Existenz der causa mehr oder weniger glaubhaft erscheint. Die Anerkennung hat also hier eine rein faktische Natur, und ihre Wirksamkeit lässt sich in dieser Beziehung nicht allgemein bestimmen, sondern nur nach den concreten Verhältnissen bemessen.

Auch bei einem Austausch gegenseitiger Leistungen kommen diese Grundsätze in Anwendung. Geht die Verabredung eines solchen Austausches auf eine gleichzeitige Bewirkung desselben,[14]) oder wird die Leistung selbst in einer Weise bewirkt, welche die Anerkennung gleichzeitiger Erfüllung der Gegenleistung in sich trägt, so kann die in der Hingabe der eigenen Leistung zu findende Anerkennung der Erledigung der causa — des gleichzeitigen Empfangs der Gegenleistung — dahin führen, dass be eintretendem Streite diese so lange als wirklich erfolgt angenommen wird, als nicht der Beweis des Gegentheils geführt wird;

14) Ueber die Auffassung dieses Falles lässt sich freilich streiten. Gewöhnlich wird eine Verabredung dieser Art als ein „Vertrag“ aufgefasst, in Verhältniss zu welchem sich die beiderseitigen Leistungen als Erfüllung (solutio) verhalten; und von diesem Standpunkt gelangt man dahin, dass jeder Theil seine Leistung beweisen müsse. Sicherlich werden aber unzählige Verabredungen gar nicht in der Bedeutung eines eigentlichen Vertragsabschlusses, d. h. einer beiderseits eingegangenen Verpflichtung zu leisten, sondern nur als Vorbereitung für das lediglich in dem Austausch der Leistungen selbst sich realisirende Rechtsgeschäft eingegangen. In diesem Sinne ist der Gedanke der röm. Innominatcontracte (do ut des) auch im heutigen Verkehr noch lebendig. Wie aber dies zugleich auf die Beweislast wirke, möge folgender Rechtsfall aufweisen. Kläger klagte: sein Vater und Erblasser habe dem Verklagten 200 fl. und einige Wochen später 150 fl. ausgezahlt, wofür als Gegenleistung je zwei österreichische 100 fl. Scheine haben dienen sollen, mit der Verabredung, dass jeder Contrahent demnächst gegen Rückgabe des Erhaltenen das Gegebene zurück verlangen könne. Verklagter sei aber mit Lieferung der Scheine im Rückstand geblieben. Es werde deshalb gebeten, den Verklagten, sofern er nicht vorziehe, die österr. Scheine noch zu liefern, zur Rückzahlung der 350 fl. zu verurtheilen. — Verklagter bestritt die Klage, indem er leugnete, dass überhaupt ein gegenseitiges Versprechen, Geld oder Schein zu liefern, stattgefunden habe; vielmehr sei das Geschäft nur als ein reines Tauschgeschäft in der Art eingegangen, dass Geld und Scheine gleichzeitig ausgetauscht worden seien. — Die Frage des ganzen Processes drehte sich hiernach um die Beweislast. In der Vorinstanz wurde angenommen, dass der Verklagte den Klaggrund an sich zugestanden, und deshalb die seinerseits erfolgte Leistung zu beweisen habe. Das O. A. G. dagegen sprach aus: „In der Erklärung des Verklagten ist nicht sowohl ein Zugeständniss des vom Kläger behaupteten gegenseitigen Schuldversprechens, dessen Erfüllung von Seiten des Verklagten noch in Frage stände, als vielmehr ein Ableugnen eines solchen Schuldversprechens zu finden, indem der Verklagte der klägerischen Darstellung des Sachverhalts mit der Behauptung gegenüber tritt, dass ein selbständiges, von dem Austausch der beiderseitigen Leistungen verschiedenes Obligationsverhältniss gar nicht eingegangen sei; ein solches auch nicht nothwendig in der, allerdings vorauszusetzenden, vorgängigen Verständigung beider Theile über den zwischen ihnen zu bewirkenden Austausch gefunden werden muss. Es war daher die Beweislast dem Kläger zuzutheilen.“ Hiernach wurde auf den vom Verklagten angenommenen Schiedseid dahin erkannt, dass er die 200 und 150 fl. von dem Vater des Klägers nicht gegen das Versprechen empfangen habe, demnächst 4 österr. 100 fl. Scheine dagegen zu liefern, dass er vielmehr jene Beträge nur unter gleichzeitigem Austausch von je zwei der Scheine empfangen habe. (Rühl c. Erlanger 1864.)

ohne dass es jedoch der Darlegung eines Irrthums oder einer sonstigen Entschuldigung irgend wie bedürfte.

Auf ein anderes Gebiet tritt der Fall erst über, wenn mittelst der eigenen Leistung die Gegenleistung als bereits in bestimmter Vergangenheit erfolgt anerkannt wird. Hier macht sich das Recht der actio praescr. verb. geltend. Wo der Leistung des Einen ein durch die Vorleistung des Andern bereits zur Vollendung gediehenes obligatorisches Recht gegenüber steht, da erscheint die Leistung nicht mehr als bloses datum ob causam, sondern als datum solvendi causa. Die Condiction wegen mangelnder causa gestaltet sich zur condictio indebiti, bei welcher die Anerkennung eine specifisch gesteigerte Bedeutung gewinnt.

§. 19.

Condictio indebiti.

Auch Derjenige, welcher solvendi causa giebt, bethätigt damit die Ansicht, dass die Schuld, auf welche er zahlt, bestehe; er erkennt damit die Schuld an. Von vornherein hat diese Anerkennung das Eigenthümliche, dass sie nicht eine blose Thatsache, sondern den Bestand eines Rechtsverhältnisses, und zwar eines solchen, welches zwischen den Betheiligten selbst obwaltet, zum Gegenstand hat. Ein Rechtsverhältniss aber entzieht sich einer unmittelbaren Beweisführung.[a]) Vielmehr ist nöthig, dass Derjenige, welcher es für sich geltend macht, dasselbe erst in seine thatsächlichen Bestandtheile auflöse und auf solche seine Beweise richte. Wer also als Gläubiger eine Schuld einklagt, reicht nicht damit aus, dass er lediglich das Schuldigsein, das dare oportere, des Verklagten behauptet und dafür Beweismittel benennt, sondern er muss vor Allem die Thatsachen angeben, durch welche der Verklagte schuldig geworden. Diese Thatsachen bilden bei bestrittenem Rechte den eigentlichen processualischen Klaggrund, und auf sie ist beim Leugnen des Verklagten die Beweisführung zu richten.

Wird nun nach geleisteter Zahlung wegen angeblicher Nichtschuld das Gezahlte zurückgefordert und damit die Existenz der Schuld von Neuem in Frage gezogen, so handelt es sich in erster Linie gar nicht um eine Beweisfrage, sondern um eine Begründungsfrage, um die Frage nämlich: wer soll das unentbehrliche thatsächliche Material über den Bestand oder Nichtbestand des Schuldverhältnisses erbringen, an welches sich dann die Beweisführung anzuknüpfen hat?

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Gläubiger, welcher Zahlung empfangen hat, bei einer Rückforderung derselben als indebitum nicht etwa blos von dem Beweise, sondern auch von der Begründung der Forderung, um die es sich handelt, frei ist. Und so wie der Beweis der Schuld nicht unmittelbar und allgemein, sondern immer nur in Anschluss an bestimmte, die Entstehung der Schuld begründende Thatsachen geführt werden kann, so kann auch der Beweis der Nichtschuld nur

a) Vergl. Wetzell Civ.-Process (2. Auflage) §. 22. „Rechtsverhältnisse bilden niemals unmittelbar den Gegenstand des Beweises“.

unter Darlegung bestimmter Thatsachen, und zwar derjenigen, welche bei der Zahlung als die die Schuld begründenden unterstellt wurden, in der That aber gar nicht oder anders bestanden haben, geführt werden. Die charakteristische Veränderung, welche durch die geleistete Zahlung in der processualischen Stellung von Gläubiger und Schuldner eintritt, besteht also darin, dass einer Rückforderung der Zahlung gegenüber der Gläubiger nicht allein des Beweises, sondern auch jeglicher Begründung seiner Forderung überhoben ist, dass vielmehr die Darlegung des gesammten thatsächlichen Materials, aus welchem die Nichtexistenz der Forderung sich construirt, dem Schuldner zur Last fällt.

Aber nicht allein mit dieser Darlegung und Beweisführung ist der rückfordernde Schuldner belastet, sondern es stellen auch die Gesetze für die Rückforderungsklage noch ein weiteres Erforderniss, das des Irrthums, auf. Gleich an der Spitze des Pandectentitels, welcher von der condictio indebiti handelt, finden wir ausgesprochen:

l. 1 de cond. ind. Nunc videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.

Und dieses Erforderniss des Irrthums zieht sich durch die ganze Lehre in unzähligen Wiederholungen hindurch, so dass Savigny[1]) mit Recht den Irrthum als die Grundbedingung der cond. indeb. bezeichnet. Ja wir finden bei genauerer Betrachtung weiter, dass nur der entschuldbare Irrthum die Condiction begründen soll. Ausdrücklich wird in l. 25 de probat. eine justa ignoratiae causa begehrt, und es ergiebt sich dieses Erforderniss ferner aus einer Mehrzahl von Stellen [2]), welche die Condiction auf Grund eines Rechtsirrthums, als eines regelmässig unentschuldbaren, ausschliessen. Was für eine Bewandtniss hat es mit diesem Erforderniss?

Man kann dasselbe aus einem doppelten Gesichtspunkte erklären, aus einem processualischen und einem materiellen. Beide bilden nicht etwa Gegensätze, sondern sie stehen in enger gegenseitiger Beziehung und spielen ineinander über.

Wenn Derjenige, welcher eine Zahlung als indebitum zurückfordert, sagt: „Die Schuld, auf welche ich Zahlung leistete, gründete sich auf die Thatsache a; diese Thatsache besteht aber gar nicht; folglich habe ich ein indebitum gezahlt"; — so wird jeder denkende Richter unwillkürlich zu der Frage gelangen: „Wenn die Thatsache a in Wahrheit nicht besteht, wie kannst du, Kläger, denn behaupten, diese Thatsache habe deine Zahlung veranlasst?" Diesem Bedenken wird der Kläger nur begegnen können, indem er sagt: „Ich habe bei der Zahlung die Thatsache a als bestehend unterstellt." Darauf aber wird der Richter wieder fragen müssen: „Wie bist du denn dazu gekommen, dies zu unterstellen?" Und kann der Kläger hierauf keine befriedigende Antwort geben, so wird der Richter

1) Obl. R. I. S. 46.

2) c. 6, 10 de jur. et facti ignor. 1, 18. c. 6, 7 de cond. ind. 4, 5; etc. Vergl. Cujac op. VII. 895. Donell Com. XIV. 14. Savigny III. S. 447 flg. Puchta, Pand. §. 309. Vorles. II. S. 157. Erxleben I. §. 6.

sagen: „Es ist mir hiernach keineswegs klargestellt, dass wirklich die (nicht existirende) Thatsache a und nicht vielleicht in völlig gerechtfertigter Weise eine ganz andere Thatsache deine Zahlung veranlasst hat, und deshalb muss es bei der geleisteten Zahlung sein Bewenden haben.“

Mit anderen Worten: Derjenige, welcher im Widerspruch mit der von ihm geleisteten Zahlung die Grundlagen der Schuld als nicht existirend anficht, kann diesen Widerspruch mit sich selbst nur dadurch zu einer, die Nichtexistenz der Schuld völlig glaubhaft machenden Lösung bringen, dass er zugleich darthut, wie er in Unterstellung der die Schuld begründenden Thatsache geirrt habe. So lange dies nicht erhellt, zieht er sich selbst durch den Beweis der Nichtexistenz jener Thatsachen den ihm nicht minder obliegenden Beweis, dass gerade diese Thatsachen die für die Zahlung bestimmenden gewesen seien, wieder unter den Füssen weg.

Irrthum als ein innerer Seelenzustand kann niemals unmittelbar bewiesen werden, sondern nur durch die ihn erzeugt habenden Umstände. Wer also in einem Verhältniss der gedachten Art geirrt zu haben behauptet, wird die seinen Irrthum veranlassenden Umstände darthun müssen. In der Regel werden hierzu nur solche Umstände geeignet sein, welche nach der Natur menschlicher Verhältnisse einen Irrthum leicht zu erzeugen vermögen. Einen Irrthum aber, welcher auf diese Weise auch den Vorsichtigen befallen kann, nennen wir einen entschuldbaren. So lässt sich die Entschuldbarkeit des Irrthums auch als eine Bedingung für die Nachweisbarkeit desselben betrachten. [3]) Auf diese Weise reiht sich das Erforderniss entschuldbaren Irrthums ganz in die processualische Seite der Sache ein; es wird zu einer Qualification des Beweises der Nichtschuld. Die Nichtschuld wird erst völlig glaubhaft durch den Irrthum; der Irrthum durch seine Entschuldbarkeit.

Gesetzt nun, der mit der condictio indeb. Klagende zerstört zwar durch seine Beweisführung die nächste Grundlage, auf welcher die Schuld zu beruhen scheint, aber anderseits ist die Sache auch nicht von der Art, dass man einen Irrthum auf seiner Seite unterstellen kann: so entsteht ein Verhältniss eigenthümlicher Art. Es ist zwar eine Schuld nicht erkennbar, aber anderseits liegt auch eine Nichtschuld nicht klar vor. Wenn nun bei diesem zwischen Schuld und Nichtschuld schwebenden Non liquet der Richter gleichwohl sich dahin entscheidet, dass es bei der geschehenen Zahlung zu verbleiben habe, so liegt der letzte Rechtfertigungsgrund hierfür darin, dass der Zahlende ja auch ohne allen Rechtsgrund sich seines Vermögens entäussern, d. h. schenken kann; und dass daher Derjenige, welcher zwar ohne erkennbare Schuld, aber auch ohne erkennbaren Irrthum zahlte, als ein solcher angesehen werden dürfe, der habe schenken wollen. Dieser Gedanke hat in einer Mehrzahl von Stellen seinen Ausdruck gefunden:

l. 82 de R. I. Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.

3) Die innere Annäherung zwischen Entschuldbarkeit und Beweisbarkeit des Irrthums findet einen Ausdruck in der Bezeichnung des rechtswirksamen Irrthums als error probabilis (l. 5 §. 1 pro suo. 41, 40), welches Wort doppelsinnig auf beide Momente hinweist.

l. 53 eod. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.

Ferner l. 29 pr. de donat. (39, 5.) l. 47 de oper. libert. (38, 1.) l. 7. §. 2 pro emtore. (41, 4.) l. 12 de novat.

Diese Gesetze dürfen nicht etwa dahin aufgefasst werden, als ob, um der Condiction Wirkung zu versagen, stets entweder die Existenz einer Schuld oder die Absicht zu schenken positiv erhellen müsse, dass dagegen, wo beides von beiden der Fall, jedesmal der Rückforderung Folge zu geben sei. Vielmehr bildet die Annahme, der Zahlende habe schenken wollen, gleichsam nur eine Fiction,[4]) mittelst welcher der Richter sich über den scheinbaren Beweis der Nichtschuld hinwegsetzt, sobald nicht zugleich der Beweis eines entschuldbaren Irrthums der Rückforderung noch eine besondere Berechtigung verleiht.

Bei dieser Sachauffassung aber schlägt das Erforderniss des Irrthums bei der Condiction in die materielle Seite der Sache über. Die Condiction reiht sich denjenigen Rechtsmitteln an, bei denen der Irrthum ausnahmsweise den Anfechtungsgrund eines vollendeten Rechtsactes abgiebt; Rechtsmittel, welche überall einen justus, probabilis error erfordern, eine supina ignorantia aber nicht berücksichtigen.[5]) Man könnte die Condiction als eine vollkommen entwickelte, in das Civilrecht eingereihte Restitution wegen Irrthums bezeichnen.

Eine Rechtfertigung für diese strenge Behandlung der cond. indeb. liegt zunächst in dem Verhältniss des Schuldners zur Sache. Die Existenz der Schuld, die der Schuldner mittelst der Zahlung anerkennt, ist ja für ihn nicht etwas Fremdes, sondern ein Rechtsverhältniss, das gerade ihn berührt,[6]) und das in der Zahlung sein Ziel sucht. Gewiss kann man daher von ihm begehren, dass, ehe er zahlt, er sich ernstlich die Frage stellt: bin ich denn auch wirklich schuldig? Und er kann sich nicht beklagen, dass, wenn er diese Frage gegen sich bejahend entschieden und gezahlt hat, das Recht ihn hieran festhält und als einen solchen ansieht, welcher wirklich schuldig gewesen.

Gleichwohl ist der eigentliche positive Grund für jene Strenge doch nicht darin zu suchen, dass die Nachlässigkeit des leichtsinnig Zahlenden gestraft werden soll, sondern in dem Schutz, den dadurch der Empfänger geniesst. Die Obligation, diese Spannung zwischen Gläubiger und Schuldner, trägt das Bedürfniss in sich, einmal zur Ruhe zu gelangen. Für den Schuldner wird dieses Bedürfniss durch das Institut der Klagenverjährung, für den Gläubiger durch die strengen Grundsätze der condictio indeb. befriedigt. Gleichsam mit constringirender Kraft hält die Obligation fest, was einmal auf sie geleistet ist. Die Zahlung bildet den naturgemässen Abschluss, mit welchem das Schuldverhältniss seine Lebensaufgabe erfüllt hat. Von da an muss es ohne wesentliche Gefährdung des Gläubigers

4) Darauf deutet auch die Ausdrucksweise: „donari videtur," similis videtur ei, qui donat" etc. Vergl. Savigny III. S. 454.

5) l. 14 §. 16. l. 55 de aed. ad. 21, 1. l. 2 de in int. rest. 4, 1.

6) Wo ausnahmsweise ein Dritter für den Schuldner zahlt, muss dieser sich gefallen lassen, dem Schuldner selbst gleichgestellt zu werden.

der Vergessenheit anheimgegeben werden dürfen, um neuen Verkehrsverhältnissen Platz zu machen. Hiermit würde es unvereinbar sein, wenn der Schuldner willkürlich, lediglich weil er nunmehr das Gezahlte nicht schuldig zu sein behauptet, die Frage über den Bestand der Obligation von Neuem zur Contestation bringen könnte. Auch in der natürlichen Beweiskraft, welche die in der Zahlung enthaltene Anerkennung der Schuld zu Gunsten des Gläubigers äussert, ist diesem kein durchgreifender Schutz gegeben. Denn diese Beweiskraft kann sich nach den concreten Verhältnissen mehr oder weniger modificiren. Und wer weiss denn, welche stärkeren Beweismittel der Gläubiger in dem Glauben an die definitive Erledigung des Rechtsverhältnisses aus den Händen gelassen hat? Wie leicht kann überhaupt in der Zulassung der Condiction eine unverhältnissmässige Härte für den Gläubiger liegen. Er hat vielleicht mit Rücksicht auf die empfangene Zahlung in gutem Glauben seine Verhältnisse wesentlich anders geordnet: er hat vielleicht anderweite Mittel, welche zur Befriedigung des durch die Zahlung erledigten Anspruchs hätten dienen können, ausser Acht gelassen. [7]) Wie viele Verhältnisse endlich giebt es, welche sich einer völlig sichern juristischen Erkenntniss schwer erschliessen, bei denen aber die unmittelbare Anschauung der Betheiligten, vielleicht in Verbindung mit Momenten der Moral, des Anstandes und der Sitte, die Ueberzeugung von einer Verpflichtung und folgeweise die Zahlung veranlasste. [8]) Welche Gerechtigkeit ist es, solche Verhältnisse, wo die Parteien gewissermassen schon selbst gerichtet haben, noch nachträglich dem scharfen Zersetzungsprocess eines Rechtsverfahrens zu unterwerfen? — Alle diese Momente können zwar nicht dahin führen, die Condiction ganz auszuschliessen, wohl aber dieselbe auf die Fälle zu beschränken, wo der Zahlende die in ihr liegende Hülfe wirklich verdient. Er verdient sie aber nicht, wenn er unbekümmert darum, ob für ihn eine rechtliche Nöthigung vorhanden war, sich seines Vermögens entäusserte. So erscheint die Beschränkung der cond. indeb. auf das Gebiet des entschuldbaren Irrthums als das Product wahrer aequitas, welche in weiser Selbstbeschränkung es vermeidet, in die Uebertreibungen des strictum jus zu verfallen, und dadurch erst ihrer höheren Stellung sich wahrhaft würdig macht. [9])

Dass die Berücksichtigung des Empfängers es ist, was dem Erforderniss eines entschuldbaren Irrthums für die Condiction zu Grunde liegt, tritt

7) Man denke z. B., dass der Bürge gezahlt, und der Gläubiger deshalb Hauptschuldner und Mitbürgen freigegeben hat. Später greift der Bürge seine persönliche Verpflichtung zur Zahlung mit der cond. ind. an.

8) Ich erinnere z. B. an die factisch so schwierigen Verhältnisse, wo die Frage entsteht, ob Jemand für Alimentation oder für geleistete Dienste eine Vergütung beanspruchen dürfe. (Dahin gehört auch die regelmässige Nichtberücksichtigung des Rechtsirrthums. Die Berufung auf Nichtkenntniss eines Rechtssatzes, welcher der naturalis ratio angehört, wird in der Regel als wenig glaubhaft sich darstellen. Die Berufung auf Nichtkenntniss eines Rechtssatzes positiver Natur wird zwar schon eher glaubhaft sein, allein dessen nachträgliche Berücksichtigung zu Gunsten dessen, der bereits gezahlt hat, kaum noch als ein Bedürfniss der Gerechtigkeit erscheinen.)

9) Es sei hier auf die vortreffliche Darstellung Bezug genommen, mit welcher Puchta (Instit. II. §. 177) die Lehre von der in integr. rest. einleitet. Das dort Gesagte findet auch für die cond. ind. volle Anwendung.

auch noch darin hervor, dass dieses Erforderniss wegfällt, wenn der Empfänger jener Berücksichtigung unwerth erscheint. Dies ist der Fall, wenn er bei der Empfangnahme gewusst hat, dass der Zahlende nicht schulde. Daher führt die l. 25 de probat. neben der justa ignorantiae causa auch den dolus accipientis als Grund der Condiction auf. Diesem dolus gegenüber erscheint jeder Irrthum entschuldigt.[10])

§. 20.

Natur der, der condictio indebiti gegenüberstehenden Anerkennung.

Die vorstehende Darstellung lässt erkennen, dass bei dem datum solvendi causa ein Element obwaltet, welches bei dem datum ob causam nicht in gleichem Masse zur Geltung kommt.[1]) Wenn die auf eine als bestehend angenommene Schuld geleistete Zahlung die Wirkung übt, dass der Gläubiger bei nachträglicher Bestreitung der Schuld zwecks Rückforderung des Gezahlten nicht allein vom Beweise, sondern auch von der Darlegung der Schuld frei ist, ja dass sogar der Schuldner trotz seiner für die Nichtschuld sprechenden Beweisführung bei der einmal geleisteten Zahlung festgehalten wird, so lange er diese nicht als in unentschuldbarem Irthum geleistet zu qualifiziren vermag, so nimmt dadurch die in der Zahlung sich bethätigende Anerkennung der Schuld [2]) eine eigenthümliche Bedeutung an. Sie erscheint nicht mehr als ein bloses Beweismoment, welches die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit gewisser Thatsachen zu beschaffen geeignet ist, sondern als ein Willensmoment, welches den Schuldner mit bindender Kraft erfasst. Derjenige, welcher auf eine bestehende Schuld gezahlt hat, wird so angesehen, als ob er die Schuld für sich habe gelten lassen wollen. Nicht als ob dieses Wollen ein solches wäre, welches gesondert neben der die Zahlung realisirenden Eigenthumsübertragung bestände. Vielmehr besteht es nur durch, in und mit dieser. Auch ist es nicht etwas nur zufällig mit ihr Verbundenes, sondern die Anerkennung in der hier besprochenen Bedeutung ist der Zahlung immanent. Nur insofern kann ihr eine ge-

10) Savigny III. S. 340 u. 494 a. E.

1) Dieser Gegensatz giebt sich besonders in den Fällen kund, wo beide causae bei derselben Zahlung zusammentreffen. Gesetzt, ich zahle eine vermeintliche Schuld an den vermeintlichen Procurator meines Gläubigers. Will ich diese Zahlung später wegen Nichtschuld anfechten, so bin ich auf die cond. ind. verwiesen. Fechte ich aber dieselbe an, weil der Procurator nicht bevollmächtigt gewesen, der Gläubiger dessen Handlung auch nicht genehmigt habe, so brauche ich in dieser Beziehung keinen entschuldbaren Irrthum nachzuweisen. Denn in dieser Richtung erscheint die Zahlung als ob causam datum. l. 14 de cond. c. d. c. n. s. Vergl. auch l. 16 pr. l. 22 pr. l. 25. §. 1. rat. rem. hab. 46, 8. l. 41 §. 11 de leg. III. Erxleben II. S. 190 flg. — Ferner: wenn ich für eine gemiethete Wohnung das Miethgeld im Voraus bezahle, so ist dies insofern, als ich auf Grund der geschlossenen Miethe zahle, datum solv. causa, indem es aber zugleich in der Voraussetzung geschieht, dass mir die Wohnung gewährt werde, datum ob causam. Tritt diese Voraussetzung nicht ein, so kann ich das Miethgeld zurückfordern, ohne der cond. indebiti benöthigt zu sein. l. 19 §. 6. loc. cond. 19, 2 (— nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest.)

2) Auch der lateinische Ausdruck „agnoscere“ wird auf die Zahlung angewendet l. 64 de cond. ind.

wisse Selbständigkeit beigemessen werden, als sie durch besonderen Vorbehalt auch ausgeschieden werden kann. Dieser Fall ist in l. 2 pr. de cond. ind. enthalten:

Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum, vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos.

Die hier besprochene Zahlung geschieht ohne Zweifel solvendi causa; es wird, insofern eine Schuld besteht, diese unmittelbar dadurch getilgt. Aber durch den Vorbehalt, dass, wenn die Schuld nicht bestehe, das Gegebene zurückerstattet werde, ein Fall, der sich übrigens nicht wohl anders, als mit Beziehung auf bestimmte, die Existenz der Schuld zweifelhaft machende Momente denken lässt, wird die Anerkennung der Schuld ausgeschlossen. Es wird deshalb auch die Rückforderung nicht der Darlegung eines entschuldbaren Irrthums bedürfen. Die Hingabe erscheint zugleich ob causam erfolgt, und nimmt dadurch den Charakter eines negotium an. [3])

Wenn hiernach Zahlung sowohl mit als ohne Anerkennung der Schuld geleistet werden kann, so fragt es sich, auf welche Art der Zahlung der Gläubiger ein Recht habe? — Ohne Zweifel auf die erstere. Er kann begehren, dass der Schuldner ohne Vorbehalt zahle und ihn dadurch der Vortheile theilhaftig mache, welche die Anerkennung der Schuld gewährt. Verweigert der Schuldner, ohne solchen Vorbehalt zu zahlen, so wird der Gläubiger auf die Leistung Klage erheben können, und alsdann in der Rechtskraft des verurtheilenden Judicats eine noch stärkere Sicherung für den Bestand seines Rechtes finden, als die, welche ihm die in der freiwilligen Zahlung enthaltene Anerkennung zu gewähren bestimmt ist.

Man kann die hier fragliche Anerkennung, welche neben ihrer natürlichen Beweiskraft zugleich die Bedeutung eines formell bindenden Willensmoments annimmt, wegen ihrer specifisch juristischen Natur als ächte Anerkennung, diejenige dagegen, welche nur in ihrer natürlichen Beweiskraft wirkt, als unächte Anerkennung bezeichnen. Es kommt darauf an, die beiden Naturen, welche sich in der ächten Anerkennung vereinigen, näher kennen zu lernen.

Die Anerkennung in ihrer ersteren Bedeutung dehnt ihre Wirkung nicht weiter aus, als sie durch eine in sich vollendete Vermögensübertragung bethätigt worden ist. Wenn also z. B. Jemand in der Meinung, ein Capitel zu schulden, Zinsen gezahlt hat, so bedarf er für die Condiction derselben eines entschuldbaren Irrthums; [4]) zur Bestreitung des noch nicht gezahlten Capitals ist ein solcher nicht nöthig. Die Beweiskraft der Anerkennung dagegen ist nicht nothwendig auf den Umfang der durch sie motivirten Zahlung beschränkt. Wer Zinsen zahlt, gewährt dadurch in gleichem Masse einen Beweis für die Richtigkeit

3) Vergl. über diesen Begriff l. 15 de praesc. verb. l. 50 de jure dot. Gaj. III. §. 91.

4) l. 26 §. 2 de cond. ind.: Si quis falso se sortem debere credens usuras solverit, potest condicere; nec videtur sciens indebitum solvisse. Die letzten Worte unterstellen, dass der Zahlende die vermeintliche Capitalschuld für eine nicht zinspflichtige hielt.

der Zins- wie der Capitalschuld; die Ueberzeugung von einer und der anderen lässt sich gar nicht trennen.

Die Anerkennung als Beweismoment wirkt nicht in allen Verhältnissen gleichmässig. Ihre Beweiskraft steigt, je mehr man Demjenigen, welcher gezahlt hat, seiner Individualität und den Umständen nach eine richtige Erkenntniss über das Verhältniss zutrauen kann; sie sinkt, wo dieses Zutrauen minder begründet ist. Für die Anerkennung als Willensmoment muss dieses Schwanken gänzlich wegfallen; sie wirkt gleichmässig gegen Jeden, der eines juristischen Willens fähig ist, mag er mehr oder weniger sorgsam und einsichtig erscheinen.

Nur da hört ihre letztere Wirksamkeit auf, wo der Handelnde eines juristischen Willens überhaupt oder wenigstens in Beziehung auf Vermögensübertragungen unfähig ist. Hier wird die Rückforderungsklage nicht mehr durch den Irrthum bedingt, es gilt vielmehr der Satz: persona locum facit repetitioni.

l. 29 d. cond. indeb. (Ulpianus): Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit.

Die hier genanten Personen können nicht veräussern. Wenn sie daher auf eine Schuld zahlen, so geht das Eigenthum nicht über, und sie können das Geld vindiciren. Ist letzteres consumirt, so tritt an die Stelle der Vindication eine Condiction, welche sich aber lediglich auf den ohne Grund, gleichsam durch Zufall, stattgehabten Eigenthumsübergang gründet. [5]) Die Frage, ob debitum oder indebitum bezahlt sei, kann hierbei nur in der Art zur Erörterung kommen, dass es dem Empfänger zusteht, mittelst einer exceptio doli [6]) compensationsweise die Forderung, auf welche gezahlt ist, geltend zu machen, um dasjenige inne zu behalten, was er sofort wieder begehren könnte.

Fragen wir, ob in den hier besprochenen Fällen die Anerkennung ihre Beweiskraft üben kann, so werden öfters diejenigen Momente, welche rechtlich die Willensfähigkeit ausschliessen, auch factisch mehr oder weniger Misstrauen gegen die richtige Erkenntniss des Handelnden begründen. Wenn z. B. ein Wahnsinniger auf eine vermeintliche Schuld Zahlung leistet, so wird man eben so wenig, als man darin einen bindenden Willensact erkennt, dadurch von dem Bestand der Schuld sich überzeugt halten. Desgleichen wenn ein Unmündiger eine verwickelte Erbschaftsschuld auf eigene Hand auszahlt. Unter Umständen kann aber auch in Fällen der gedachten Art die Beweiskraft der Anerkennung fast ungeschwächt dastehen. Wenn z. B. ein Unmündiger, auf einen Diebstahl angegriffen, diesen unter sichtbaren Zeichen der Reue eingesteht und den Betrag des gestohlenen Geldes, das er schon mit dem seinigen vermischt hatte, zurückerstattet, so werden diese Umstände vielleicht allein genügen,

5) §. 3 J. quib. alien lic. 2, 8. l. 14 §. 8 de solut. Gaj. II. §. 82. Savigny V. S. 523 flg.

6) Ex anal. l. 25 de solut.

um den Diebstahl als bewiesen anzunehmen und deshalb der, an sich begründeten, Condiction des Vormundes Wirkung zu versagen.

Nach dem Allen lässt sich der obwaltende Gegensatz dahin bestimmen: die Anerkennung als Beweismoment übt eine unwillkürliche, aus der Natur der Sache hervorgehende, an keine feste Grenzen gebundene Wirksamkeit. Dagegen trägt deren Eigenschaftung als Willensmoment einen mehr positiven Charakter, und wird durch die festen Grenzen, welche das Recht für die Willensfähigkeit gesetzt hat, bestimmt. Als Beweismoment gehört die Anerkennung dem Process an; als Willensmoment fällt sie in das Gebiet des materiellen Civilrechts. In ersterer Eigenschaft beweist sie den Bestand der Schuld nach Massgabe der Ueberzeugung, welche sie von den die Schuld begründenden Thatsachen gewährt; in letzterer Eigenschaft vertritt sie denselben. Indem sie den Zahlungsempfänger von jeder weiteren Darlegung der Schuld befreit, bildet sie ein processualisches Surrogat für den Bestand der Schuld selbst. Die Anerkennung der Schuld als subjective causa ersetzt die objective.

Die ächte Anerkennung hat die Natur des Geständnisses im Civilprocess, die unächte die des Geständnisses im Strafprocess.

Dieser Gegensätze ungeachtet lässt sich nicht verkennen, dass die beiden Naturen der Anerkennung in naher Verwandtschaft stehen und vielfach in einander überspielen. Dies begründet in nicht geringem Mass die Gefahr der Verwechselung und Vermischung beider, eine Gefahr, welcher weder die römischen, noch die heutigen Juristen völlig entgangen sind. Jene Verwandtschaft wird dadurch begründet, dass das natürliche Element, welches deren beweisende Kraft unmittelbar erzeugt, auch den positiven Vorschriften über die Willensfähigkeit zu Grunde liegt und so einen mittelbaren Einfluss auf die Anerkennung als Willensact ausübt. In den Wirkungen aber wird sich jene Annäherung noch mehr ergeben, wenn wir die Natur des zur Anfechtung der ächten Anerkennung erforderlichen Irrthums und dessen Beweis näher betrachten.

§. 21.

Beweisführung bei der condictio indebiti.

Wenn derjenige, welcher auf eine Schuld Zahlung geleistet hat, sagt: „ich habe über das Bestehen der Schuld geirrt", so liegt hierin ein Doppeltes: einmal die Behauptung, dass die Schuld in Wirklichkeit nicht bestanden habe, und zweitens die Behauptung, dass er der Meinung gewesen sei, die Schuld bestehe. Der Irrthum enthält hiernach zwei Momente, ein objectives, das Nichtbestehen der Schuld, und ein subjectives, den Glauben an deren Bestand. Wenn gewöhnlich gesagt wird, die condictio indeb. fordere 1) ein indebitum solutum und 2) den Irrthum des Zahlenden: so ist dies insofern ungenau, als das zweite Erforderniss das erste wieder in sich begreift. Freilich versteht man bei dieser Schematisirung unter dem Irrthum oft nur das subjective Moment; und aus dieser verschiedenen Auffassung des Begriffs entspringen zum Theil die Differenzen,

welche über die Bedeutung des Irrthums und die auf ihn bezügliche Beweislast bei der cond. indeb. obwalten.

Dass nun der Condicent vor Allem das objective Moment, die Nichtschuld, thatsächlich darzulegen und zu beweisen habe, ist bereits oben (S. 53.) als Grundlage der Erörterung angenommen. Es findet diese Annahme ihre Bestätigung in dem Erforderniss des Irrthums, welches ja das objective Moment der Nichtschuld als nothwendige Voraussetzung in sich fasst. Auch ist dieser Beweis der Nichtschuld nicht etwa als eine Art Gegenbeweis zu denken, für welchen es genügte, dass durch ihn die Existenz der Schuld zweifelhaft gemacht wäre. Er ist ein primitiver Beweis, welcher vollständig erbracht sein muss, wenn der Kläger durchlangen soll. Und zwar muss dieser Beweis von Jedem geführt werden, der überhaupt willensfähig ist, unangesehen der Frage, in wie weit seine Persönlichkeit die Existenz der durch Zahlung anerkannten Schuld besonders glaubhaft macht oder nicht.

Der letzteren wichtigen Folgerung scheint zwar der §. 1 der l. 25 de probat. sich entgegen zu stellen. Vor Betrachtung dieses Fragments soll jedoch noch der Beweis des subjectiven Moments des Irrthums, des Glaubens an die Schuld, besprochen werden.

Nur dieses subjective Moment kann man im Auge haben, wenn über die Frage, ob bei der cond. indeb. der Irrthum bewiesen werden müsse, gestritten wird. Viele halten, neben dem Beweis des indebitum, einen besonderen Beweis des Irrthums nicht für erforderlich. Andere halten wenigstens den eigenen Eid des Klägers zu diesem Beweise für genügend. Ich glaube, dass sich diese Frage nicht auf bestimmte Regeln zurückführen lässt. An und für sich muss die richterliche Ueberzeugung auch von dem subjectiven Moment des Irrthums positiv begründet werden. [1]) Da aber dieser, als innere Thatsache, einer unmittelbaren Beweisführung sich entzieht und nur durch Schlussfolgerungen zu erkennen steht, so wird man an die Beweisführung nicht allzu strenge Anforderungen stellen, und unter Umständen schon aus dem objectiven Nichtbestand der Schuld allein auf den Irrthum zu schliessen geneigt sein, zumal wenn die erwiesenen Thatsachen zugleich einen glaubhaften Grund des Irrthums [2]) erkennen lassen. Zur allgemeinen Regel ist dies aber schwerlich zu erheben; vielmehr müssen die besonderen Umstände entscheiden, was zur richterlichen Ueberzeugung vom subjectiven Irrthum des Zahlenden genüge. [3]) In gleicher Weise lässt sich nur nach den concreten Verhältnissen bemessen, ob der bewiesene Irrthum ohne Weiteres für entschuldbar zu halten, oder ob

1) Vergl. Römer, „Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums. 1852.“ S. 19 flg., wo auch (S. 35) zahlreiche Literatur aufgeführt wird; ferner S. 56, wo im Gegensatz zu dem Rechte der übrigen Condictionen gesagt wird: „Nur bei der cond. indeb. gehört der Irrthum zum Begriff und Wesen unmittelbar, also auch zum Fundament der Klage. Dieser Ansicht sind auch weitaus die meisten Schriftsteller“ (welche citirt werden). „Daraus folgt von selbst, dass der Irrthum hier immer vom Kläger erwiesen werden muss, und wir hätten dieses anzunehmen, auch wenn keine speciellen Quellenzeugnisse dafür vorlägen.“

2) Z. B. einen Rechnungsfehler; c. 1 de err. calc. 2, 5.

3) Vergl. z. B. l. 68 i. f. ad SC. Trebell. 36, 1.

und von wem noch ein weiterer Beweis in dieser Beziehung zu erbringen sei. [4])

Wo nun nach den concreten Verhältnissen der Beweis des indebitum zugleich auf den Irrthum schliessen lässt, da nähert sich die Anfechtung, welche der Condicirende seiner durch die Zahlung bethätigten Anerkennung der Schuld entgegensetzt, einem blosen Gegenbeweise äusserlich in hohem Masse. Abgesehen aber von der verschiedenen Natur des Beweises, je nachdem man einen oder den anderen Gesichtspunkt darauf anwendet, bleibt auch der charakteristische Unterschied, dass es nach den Grundsätzen der cond. ind. dem Verklagten gestattet sein muss, Momente darzulegen, aus welchen hervorgeht, dass der Kläger bei der Zahlung nicht in entschuldbarer Weise geirrt haben könne; während wenn die in der Zahlung liegende Anerkennung blos die Bedeutung eines Beweismoments hätte, von einer solchen Vertheidigung des Verklagten nicht die Rede sein könnte.

§. 22.
Die l. 25 D. de probationibus.

Wenden wir uns nun zur näheren Betrachtung der l. 25 de probationibus (22, 3). Diese nach der Inschrift aus Paulus lib. III. quaestionum entnommenne Stelle gewährt von vornherein die auffallende Erscheinung, dass sie in Betreff der Beweisfragen weit tiefer in das Detail eingeht, als man dies bei Pandectenfragmenten gewohnt ist. Schon dieser Umstand erregt Misstrauen gegen deren Aechtheit. Es ist aber auch schon vielfach bemerkt worden, dass die Schreibweise der l. 25, insbesondere die vielen darin vorkommenden Gräcismen, die Autorschaft des Paulus sehr zweifelhaft machen. Cujac [1]) glaubt deshalb, dass nur die Anfangsworte: Cum de indebito quaeritur, quis probare debet, dem Paulus, alles Uebrige aber Tribonian zuzuschreiben sei, und eine Anzahl Schriftsteller ist ihm hierin gefolgt. [2]) Von anderer Seite ist die Aechtheit der Stelle durch die Nachweisung, dass deren Ausdrücke mit Stellen classischer Latinität übereinstimmen, zu vertheidigen versucht worden. [3]) Gneist geht einen Mittelweg, indem er annimmt, dass zwar ein guter Glauben dazu gehöre, um die Stelle für durchgängig ächt zu halten; dass aber wahrscheinlich ein ächter Kern vorhanden sei, und namentlich ganze Sätze in Form und Inhalt entschieden das Gepräge der classischen Jurisprudenz an sich tragen. Diese Ansicht dürfte vielleicht am meisten für sich haben.

4) Es scheint mir verfehlt, wenn man diese Lehre mit abstracten Sätzen beherrschen will. Das richterliche Ermessen, der gesunde Tact muss im concreten Falle entscheiden. Dabei sollte man niemals ausser Auge lassen, dass auch die Rechtsstrenge ihre Berechtigung habe und den Vorzug verdiene vor einem schwächlichen Billigkeitsgefühl, welches über das oft nur scheinbare Resultat, dass sich Jemand mit fremdem Schaden bereichere, nicht hinaus kann.

1) Observ. 21, c. 25 u Com. a. h. l.

2) So z. B. sagt A. Faber (Conject. XVIII. c. 20 i. f.): Nihil est tota illa lege, sive verba, sive sensum consideres, totque distinctiones et subdistinctiones, quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum, a principio ad finem usque. — Weitere Literatur, sowie auch eine Aufzählung der verdächtigen Ausdrücke s. bei Gneist Seite 205.

3) Vergl. z. B. Glück Pand. Band 21, S. 276 flg. u. d. dort Angeführten.

Weit entschiedener aber als der sprachliche Ausdruck scheint mir der Inhalt des Fragments jenes Resultat zu begründen und zugleich einen sicheren Anhaltspunkt für Scheiden des Aechten und Unächten abzugeben. Während ein Theil dieses Inhaltes keinerlei Anstoss erregt, ist ein anderer Theil von der Art, dass er meiner Ueberzeugung nach nicht von dem Juristen Paulus herrühren kann; wofür denn auch das sprachliche Element eine sehr erhebliche Stütze abgiebt.

Dem wesentlichen Inhalte nach für ächt dürfte zu halten sein:
das ganze principium,
der §. 1, soweit er den pupillus betrifft,
auch wohl der §. 4 (der später erörtert werden soll);
dagegen alles Uebrige für unächt.

Der Eingang des Fragments ist für uns hier von geringerem Interesse. Er bestimmt für das bösliche Leugnen des Zahlungsempfanges eine processualische Strafe, welche darin besteht, dass der Leugnende gewissermassen bei seiner Unwahrheit festgehalten, d. h. in diejenige processualische Lage versetzt wird, welche er einehmen würde, wenn das, was er angegeben, wahr wäre. Demgemäss soll er, wenn er den Empfang der Zahlung leugnet, zur Begründung des Rechts auf diese Zahlung gerade so den Beweis der Schuld führen, als ob er wirklich noch nicht empfangen hätte. Es hat diese Entscheidung etwas Gesundes, Natürliches; und jedenfalls ist sie dem Geiste classischer Jurisprudenz völlig entsprechend. Denn eine ganz analoge Bestimmung finden wir in l. ult. de R. V. (6, 1) für die Eigenthumsklage gegeben.

Der Kern des Fragments liegt in folgenden Worten:

Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem, non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat; qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat; et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse; et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

Es wird hier der Fall behandelt, wo die Zahlung selbst unbestritten ist, also der Streit rein um die Frage sich dreht, ob debitum oder indebitum gezahlt sei. Hierfür wird zunächst in sehr starken Ausdrücken — videlicet — nemo dubitat — nunquam — die bestimmte Präsumtion aufgestellt, dass die Schuld nicht indebite geleistet sei; gegründet aber wird diese Präsumtion auf die menschliche Wahrscheinlichkeit, dass Niemand leicht ohne Grund das Seine hinweggebe. Eine scheinbare Steigerung findet diese schon so entschieden aufgestellte Präsumtion noch in dem weiteren Erwägungsgrunde: „et maxime, si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est, in aliquo facile errasse.“ Andererseits wird an jene Präsumtion nicht etwa blos die Folge geknüpft, dass der Condicent das objective Nichtvorhandensein der Schuld beweisen müsste, sondern wir finden in der schliesslichen Entscheidung den Beweis begehrt: quod per dolum

accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum.

In diesem Fragment lässt sich deutlich der Gedankengang wieder erkennen, welcher der obigen Ausführung zu Grunde liegt. Ausgangspunkt der Erörterung bildet jene strenge Präsumtion gegen die Nichtschuld, welche der cond. indeb. ihren Grundcharakter verleiht. Diese Präsumtion steht mit der Nothwendigkeit des Beweises eines Irrthums dergestalt in inniger Wechselbeziehung, dass am Schlusse der Jurist diese Nothwendigkeit, gleichsam als selbstverständlich, in den von ihm geforderten Beweis des indebitum mit hereinzieht. Ihre natürliche Grundlage aber findet dieselbe allerdings in einer menschlichen Wahrscheinlichkeit, und diese steigert sich noch mehr, wenn zugleich der Zahlende wirklich ein sorgsamer Mann ist. Der letztere Gedanke hat in dem Mittelsatz: et maxime etc. seinen Ausdruck gefunden. Dieser Satz ist aber nicht bestimmt, den Vorder- und Schlusssatz abzuschwächen, vielmehr enthält er nur eine, unvollkommen ausgesprochene, Rechtfertigung für diese. Wir dürfen also den Satz: et maxime etc. nicht etwa dahin ergänzen: „Ist aber der Zahlende kein homo diligens, so tritt die Präsumtion in minderem Grade oder gar nicht ein.“ Denn hierdurch würde der (ohnehin durch die Worte „et maxime“ nur als Bestärkungsmoment eingeführte) Satz eben so sehr mit den entschiedenen Ausdrücken des Vordersatzes, als mit der Entscheidung des Schlusssatzes in Widerspruch treten. Vielmehr müssen wir den Mittelsatz dahin ergänzen: „Ist der Zahlende kein diligens homo, so ist zwar die Präsumtion menschlich genommen schwächer; aber der Zahlende mag sich selbst zuschreiben, wenn die Präsumtion gleichwohl gegen ihn angewendet wird.“

Die ganze Erörterung, namentlich in der eingangs so entschieden aufgestellten Präsumtion, und noch mehr in der so präcis gefassten Schlussentscheidung, trägt das Gepräge classischer Zeit. Und auch die Einreihung des Mittelsatzes: et maxime etc. kann für denjenigen keinen Anstoss erregen, welcher weiss, wie die römischen Juristen öfters geneigt waren, auch rein menschliche Momente in ihre Erwägungen hereinzuziehen.

§. 23.

Die l. 25 D. de probationibus. (Fortsetzung.)

Zu diesem Gedankengang, wie er uns aus dem princip. der Stelle klar entgegentritt, stellt sich freilich der §. 1 in einen auffälligen Widerspruch.

Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.

Indem hier das Gesetz eine Anzahl Personen, denen es weniger Sorgsamkeit zutraut, von dem Beweis des indebitum freigiebt, scheint es die regelmässig den Kläger treffende Beweislast nicht auf dessen Willensfähigkeit, sondern auf die concrete Wahrscheinlichkeit, dass nicht ohne

Grund gezahlt sei, zurückzuführen. Was von diesem Theil des Fragments zu halten sei, wird eine genauere Betrachtung zeigen.

Unter den befreiten Personen wird zuerst der pupillus aufgeführt. Wie sich bei diesem die Condiction gestaltet, haben wir oben (S. 60) gesehen. Er kann gar nicht veräussern, folglich auch nicht zahlen; und was durch seine unberechtigte Zahlung in das Vermögen des Andern übergeht, kann ohne weitere Begründung condicirt werden. Der Verklagte kann sich aber damit vertheidigen, dass das Gezahlte wirklich geschuldet sei. Hierzu jedoch muss er seinerseits den Beweis des debitum führen. Für den pupillus passt hiernach die Entscheidung des §. 1 ganz vollkommen; sie stimmt völlig mit l. 29 de cond. ind. überein.

Neben dem Pupillen aber werden als frei von der Beweislast die Minderjährigen, Frauen, Soldaten und rustici genannt; denn die letzteren sind wohl mit dem auffallenden Ausdrucke „agricultor et forensium rerum expers" gemeint. Diese Personen sind keineswegs, wie der Pupill, unfähig zu veräussern. [1]) Dagegen bilden sie die wohlbekannte Gruppe von Personen, denen der Irrthum in höherem Masse verziehen wird. [2]) Wo aber fänden wir dieses Privilegium dahin ausgedehnt, dass zu Gunsten jener Personen auch der Irrthum in objectiver Beziehung präsumirt würde, dergestalt, dass deren Handlungen, soweit sie der Anfechtung wegen Irrthums unterliegen, ohne Weiteres als irrthümliche angesehen werden müssten? — Hierbei jedoch bleibt der §. 1 nicht einmal stehen: er ignorirt vielmehr die Nothwendigkeit des Irrthums [3]) gänzlich, indem er die Verpflichtung zur Rückzahlung lediglich davon abhängig macht, dass der Empfänger das debitum nicht beweisen könne. Wie nun, wenn der Empfänger zwar das debitum nicht beweisen kann, sich aber ergiebt, dass die mulier, der miles, der rusticus wissentlich das indebitum gezahlt haben? Sollen sie auch dann das Gezahlte zurückerhalten? Das würde heissen: sie können eine Schenkung willkürlich widerrufen. — Oder sollen sie als-

1) Zweifelhaft könnte es erscheinen, ob nicht etwa Paulus die minores oder die mulieres dem Pupillen gleichgesetzt und deshalb miterwähnt habe. Auch der minor, welcher einen Curator hatte, war zu veräussern unfähig (c. 3 de in int. rest.). Die Curatel der minores aber war seit einer Anordnung des Marc Aurel zu einem allgemeinen Institut geworden (Savigny, von dem Schutz der Minderjähr. Verm. Schrift. II. S. 355 flg.). Indessen finden wir in den Pandecten, selbst noch in den Schriften Ulpians und Paulus, bei analogen Betrachtungen immer nur des Pupillen erwähnt (l. 14 §. 8, l. 15 de solut. l. 9 pr. §. 2 de auctor. 26, 8. l. 11 de acq. rer. dom.), so dass es auffällig wäre, wenn hier Paulus den minor ausnahmsweise miterwähnt haben sollte. — Auch die mulier war insoweit handlungsunfähig, als sie, um sich zu verpflichten, sowie zur Veräusserung eines res mancipi der tutoris anctoritas bedurfte (Ulp. XI. 27. Gaj. I. 192). Sie wird in diesen Beziehungen dem Pupillen gleichgestellt (Gaj. II. 80, III. 91), was auch noch zu Paulus Zeit galt (Fr. Vat. I. 45). Da aber Geld zu den res nec mancipi gehörte, so konnte die mulier eine Geldzahlung mit Wirksamkeit vornehmen (Gaj. II. 81), und es ist deshalb nicht wahrscheinlich, dass dieselbe in l. 25 de prob., wo doch zunächst an Geldzahlungen gedacht zu sein scheint, als dem Pupillen gleichstehend betrachtet sei. — Für das heutige Recht kann nicht gezweifelt werden, dass der minor dem Pupillen gleichsteht, dagegen nicht die mulier.

2) Savigny III. S. 429.

3) Diese Nothwendigkeit ergiebt sich für den minor aus c. 2 si adv. sol. 2, 32 (Savigny III. S. 459), für den homo rusticanus aus l. 17 pr. de dol, exc. 44, 4; für die Frauen aus c. 13 de jur. et fact ign. 1, 18.

dann mit der Condiction ausgeschlossen sein? Das würde den Schlussworten des §. 1 widersprechen, welche die Rückforderung allein durch den Beweis des debitum für ausgeschlossen erklären. — Oder soll man vielleicht bei diesen Schlussworten die weitere Ausnahme hinzudenken, dass der Verklagte auch statt des debitum, die wissentliche oder verschuldete Zahlung des indebitum beweisen dürfe? Dann hätten jene Worte im Verhältniss zu den hier betrachteten Personen einen ganz andern Sinn, als dem Pupill gegenüber, bei dem es ganz gleichgültig ist, ob er wissentlich oder irrthümlich das indebitum bezahlt hat.

Man hat versucht, dieses Missverhältniss durch die Unterstellung auszugleichen, dass bei dem indebitum des pupillus an eine nicht von diesem selbst, sondern von seinem Tutor oder wenigstens tutoris auctoritate geleistete Zahlung gedacht sei. [4]) Abgesehen aber davon, dass diese Unterstellung gewiss die minder natürliche ist, so wird auch dadurch die Sache nicht besser. Wohl könnte man sagen, dass der Tutor, da er nicht schenken darf, auch ein wissentlich gezahltes indebitum zurückfordern könne. Dies würde ihn aber doch rücksichtlich der thatsächlichen Wahrscheinlichkeit, dass ein indebitum gezahlt sei, gewiss nicht den übrigen, offenbar aus diesem Gesichtspunkt von der Beweislast freigegebenen, Personen gleichsetzen, da ja der Tutor jederzeit mit der grössten Sorgfalt zu handeln verpflichtet ist. [5]) Woher soll also für ihn die Präsumtion, dass er indebite gezahlt habe, genommen werden?

Aus dem Allen ergiebt sich: indem der §. 1 den Pupill mit den anderen dort benannten Personen zusammenstellt, vereinigt er etwas, was sich, so lange wenigstens der Irrthum für die cond. indeb. als wesentlich angesehen wird, absolut nicht vereinigen lässt. Der §. 1 ist in sich selbst pervers.

Einer Hintansetzung des Irrthums in seiner Bedeutung für die Condiction war es denn auch nur möglich, die Frauen, Soldaten etc. von dem Beweise des indebitum freigeben zu wollen. Consequent müssten danach diese Personen auch, wenn sie gegen ein gerichtliches Geständniss wegen Irrthums Restitution suchten, die Unwahrheit des Eingestandenen nicht zu beweisen brauchen. Gerade das Gegentheil aber ergiebt sich aus c. 2 de error. advoc. (2, 10), wo Gordian einem miles rescribirt: — si condemnationem, cujus mentionem libello insertam esse proponis, manifeste probare potes non intercessisse, allegationes tuas laedi non oportere, is qui super negotio disceptaturus est, non ignorabit.

Noch klarer wird die Verkehrtheit jener Entscheidung, wenn man die condictio indeb. mit der in mancher Beziehung so nahe verwandten actio quod metus causa vergleicht. Auch bei dieser wird z. B. von Ulpian in l. 23 quod met. c. (4, 2) gesagt: Non est verisimile, compulsum in urbe inique indebitum solvisse eum, qui claram dignitatem se habere praetendebat, quum potuerit jus publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum pati prohibuisset; sed hujusmodi praesumtioni debet apertissimas probationes violen-

4) Benfey, in der Zeitschr. f. Civ. u. Pr. Bd. 14, S. 212.
5) l. 10. l. 13 §. 2. l. 27. l. 33 pr. de adm. tut. 26, 7.

tiae opponere. Wenn nun Jemand hieraus folgern wollte, dass z. B. rustici, da sie nicht claram dignitatem haben, auch nicht des Schutzes der Stadt geniessen, oder Frauen, weil sie überhaupt leicht zur Furcht geneigt sind, einen behaupteten Zwang, mittelst dessen sie einen Willensact anfechten, nicht zu beweisen haben, was würde man dazu sagen? Und doch erscheint dies nicht thörichter, als die gleichartige Entscheidung in §. 1 der l. 25 cit.

Und zu welchen praktischen Resultaten führt jenes Privilegium? Alle Frauen, Soldaten, rustici sollen 30 Jahre lang ihre Zahlungen willkürlich widerrufen und damit die erledigten Schuldverhältnisse von Neuem in Frage stellen können! Der Zahlung des Pupillen mag sich der Gläubiger dadurch versichern, dass er dessen Tutor zuzieht. Wie aber soll er sich den andern genannten Personen gegenüber sicher stellen? Und wie verträgt sich jene Zutheilung der Beweislast mit der allgemein angenommenen Verpflichtung des Gläubigers, gegen Zahlung der Schuld den Schuldschein zurückzugeben?

Ausser den obengedachten Personen werden aber noch weiter als privilegirt genannt: „vel alias simplicitate gaudens, vel desidiae deditus.“ Wer sind diese so schwülstig bezeichneten Personen? Seit wann gehören simplicitas und desidia zu den Gründen, um vollendete Willensacte zu widerrufen? Und dieses Privilegium sollte derselbe Jurist anerkannt haben, welcher in l. 1 u. 9 de juris et facti ignorantia (22, 6) so scharf zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum unterscheidet, und sich den Satz aneignet: nec stultis solere succurri, sed errantibus!

Es hiesse hiernach in der That die hohe Achtung, die man einem Julius Paulus schuldig ist, ausser Augen setzen, wenn man den §. 1 cit., so wie er vorliegt, als von ihm herrührend annehmen wollte. [6]) Für dessen Entstehung ergiebt sich aber eine nahe liegende Vermuthung. Paulus hatte geschrieben: Si autem is, qui indebitum queritur, pupillus sit: tunc eum, qui etc. Der Compilator fand nun die im princ. aufgestellte Präsumtion auf die Wahrscheinlichkeit gegründet, dass ein diligens paterfamilias sich nicht irren werde. Er glaubte hiernach die bekannte Lehre von der Entschuldbarkeit des Irrthums vor sich zu haben. Flugs bewies er seine Gelehrsamkeit dadurch, dass er dem Pupillen die übrigen hinsichtlich des Irrthums privilegirten Personen zugesellte, und um vollends die Schwäche seines Zeitalters zu documentiren, brachte er auch noch den simplicitate gaudens und desidiae deditus in die Reihe. Diese Vermuthung wird noch mehr gewinnen, wenn eine nähere Betrachtung der §§. 2 und 3 des Fragments ergiebt, dass auch diese nicht wohl ächt sein können.

Nach §. 2 soll die im §. 1 bestimmte Ausnahme dann nicht zur Anwendung kommen, wenn

1) der Kläger das indebitum darauf stützt, dass die Forderung durch Zahlung oder einer Exception bereits beseitigt gewesen sei; oder

2) wenn er die Schuld nur zum Theil als indebite bezahlt behauptet.

6) Dieselbe Kritik scheint Vangerow (Pandecten III. §. 625) zu üben, in dem er die fragliche Bestimmung mit zwei Ausrufungszeichen referirt.

Während gegen die erstere Entscheidung nichts Erhebliches einzuwenden steht, ist es dagegen m. W. noch Niemandem gelungen, für die zweite Entscheidung einen nur annähernd verständigen Grund aufzufinden.[7]) Dem Pupill gegenüber, welcher von dem Beweis des indebitum unter allen Umständen frei sein muss, erscheint diese Bestimmung als eine Ungerechtigkeit, den übrigen in §. 1 genannten Personen gegenüber als eine Thorheit, mit der man sich nur deshalb versöhnen kann, weil sie die Ungerechtigkeit des §. 1 theilweise wieder beseitigt. Noch thörichter aber erweist sich jene Vorschrift in ihrer praktischen Wirksamkeit. Wenn denjenigen, welcher theilweise das Gezahlte als debitum zugesteht, dafür der Nachtheil der Beweislast trifft, so kann er ja nichts besseres thun, als die ganze Schuld leugnen; denn alsdann muss ja der Verklagte Beweis führen. So fände sich denn hier — in seltsamem Contrast mit dem Eingang des Fragments — für bösliches Leugnen eine processualische Belohnung ausgesetzt.

Es lässt sich daher auch von dieser Bestimmung nicht annehmen, dass sie Paulus zum Urheber habe; wenngleich nicht abzusehen ist, wie derjenige, dem man die Autorschaft beimessen mag, dazu gekommen sei. Vielleicht, dass er eine ihm vorliegende Entscheidung, die mit der Lehre des §. 1 nicht im Einklang stand, in diesem Sinne interpretirte.

Der §. 3 endlich bietet zwar seinem Inhalte nach keinen erheblichen Anstoss dar. Um so mehr aber spricht der darin behandelte Stoff und die Ausdrucksweise für eine Interpolation. Besonders die Schlussworte: ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, jure referendae religionis ei servando — lassen die Latinität Justinians nicht verkennen.

Kann man nach dem Allen sich überzeugt halten, dass wesentliche Theile und namentlich die hervorgehobenen Stellen der l. 25 de probat. unächt seien: so ist damit an sich freilich deren Anwendbarkeit noch nicht beseitigt. Denn auch die Irrthümer Tribonians sind als Gesetze für uns bindend. Gleichwohl wird derjenige, welcher von den in den Quellen so bestimmt bezeichneten Principien der condictio indebiti, insbesondere von der Bedeutung des Irrthums bei derselben, durchdrungen ist, zwischen diesen und den anstössigen Bestimmungen der l. 25 einen eben so entschiedenen Widerspruch finden, als wenn Specialgesetze sich widersprechen; und bei der Unmöglichkeit, beiden Genüge zu leisten, vielleicht den Muth haben, jenen allgemeinen Grundsätzen und ihren Consequenzen vor den offenbaren Verirrungen der l. 25 den Vorzug zu geben.[8]) Mindestens

7) Vergl. Windscheid S. 195. — Der Grund, welchen Donnell (Comm. 25 c. 3) aufführte: quod cum fateantur, unam se partem intellexisse debita an indebita fuerit, probabile sit, eos non minus hoc in reliqua intellexisse, ist offenbar unzureichend.

8) Römer a. a. O. S. 65 bezeugt: „Das Privilegium der Soldaten gilt bei uns nicht mehr, und das der rustici ist unpraktisch geworden.“ Benfey a. a. O. S. 215 sagt: „Nicht leicht wird es in einem wirklichen Processe gelingen, durch Beziehung auf diesen Theil der Stelle (alias simplicitate gaudens et desidiae deditus) eine Begünstigung in Betreff der Beweislast zu erwirken.“ So sträubt sich die Praxis unwillkürlich gegen die Verkehrtheit jener Bestimmungen. Ihre Anwendung ist in der That praktische Unmöglichkeit. (Man vergl. z. B. auch die Entscheidung bei Seuffert, Bd. 18 Nr. 254, welche nur hieraus sich erklärt.)

aber kann die Ueberzeugung, dass die Bestimmungen der letzern Stelle nur der Ungeschicklichkeit der Compilatoren ihr Dasein verdanken, dahin führen, dass wir solche als ausserhalb der Wissenschaft liegend betrachten. Vermag der Organismus den fremden eingedrungenen Körper nicht auszustossen, so soll er wenigstens nicht durch vergebliche Assimilationsversuche die gesunden organischen Elemente zerstören. Dies würde geschehen, wenn wir uns durch die l. 25 über die wahren Principien der cond. indeb., wie sie aus dem Gesammtinhalt der Quellen hervorleuchten, beirren lassen wollten; und aus diesem Grunde ist bei der oben dargestellten Natur der ächten Annerkennung die l. 25 de prob. ausser Acht gelassen. [9])

Wir verbleiben also bei dem aus der obigen Untersuchung gewonnenen Resultate, dass bei der condictio indebiti die Nichtexistenz der causa (der objective Nichtbestand der Schuld) einen unerlässlichen Theil des Klaggrundes bildet.

§. 24.

Vergleichung des datum und promissum. Ausnahmen von der Gleichstellung beider.

Die Erörterung der Condictionen in ihrer Wirksamkeit auf das sine causa datum sollte die Betrachtung der Rechtsmittel vorbereiten, welche zur Anfechtung des sine causa promissum gegeben sind.

Um diese Parallele mit um so grösserer Sicherheit durchzuführen, erscheint es angemessen, zuvor diejenigen Verhältnisse zu betrachten, in denen ausnahmsweise Stipulation und Tradition ungleich wirken, indem die durch erstere bewirkte Vermögenszuwendung sich schwächer erweist, als die geschehene Eigenthumsübertragung. Die hier zu betrachtenden Verhältnisse sind theils rein positiver Natur, theils beruhen sie darauf, dass der Stipulation gegenüber der Promittent in der im Allgemeinen mehr begünstigten Lage der Vertheidigung sich befindet.

1) Eine sehr erhebliche Ausnahme gehört dem älteren Recht an. Die lex Cincia forderte zur Wirksamkeit der Schenkungen an personae non exceptae Eigenthumsübertragung unter wirklicher Vergabung und in Folge derselben eingetretenen Besitzschutz. Schenkungen, welche nicht in dieser Form zur Perfection gekommen, waren bis zum Tode des Schenkers anfechtbar. Zu den hiernach ungenügenden Formen der Schenkung gehörte also auch die Stipulation, welche dadurch gegen die Tradition und Mancipation zurückstand. [1]) Der Grund hierfür lag ohne Zweifel darin, dass für die leichtsinnige Schwäche, der die lex Cincia zum Schutz dienen sollte, [2]) die Bedeutung des an die Schenkung geknüpften Vermögensverlustes weit bestimmter zum Bewusstsein kommt, wenn der Gegenstand reell hingegeben, als wenn er blos versprochen wird.

9) Diese Behandlungsweise, die vielleicht Manchem zu willkürlich erscheinen möchte, hat neuerdings eine hohe Autorität in Savigny (Obl. R. II. S. 265) gewonnen.

1) Fr. Vat. §. 310, 311. — Vergl. Puchta Instit. II. §. 206. Liebe S. 105 flg. Savigny IV. S. 149 flg.

2) Savigny IV. S. 198 g.

2) Wenn eine Frau eine fremde Schuld zahlt, so hat dies volle Rechtswirksamkeit, einerlei, ob es schenkungshalber oder in der Absicht, Regress zu nehmen, geschieht. Wenn aber eine Frau eine fremde Schuld zu zahlen sich verpflichtet, (was bei schon bestehender Schuld nur durch Stipulation geschehen konnte): so ist dieses nach dem SCum Vellejanum und den daran sich anschliessenden Constitutionen unwirksam. Für diese Bestimmungen, welche der infirmitas feminarum Rechnung trugen, finden wir den vorher der lex Cincia unterstellten Grund geradezu ausgesprochen.[3])

3) Einem unsittlichen Vermögensverkehr, welcher beiden Theilen zum Vorwurf gereicht, versagt das römische Recht jeden Schutz. Wenn daher ob turpem causam etwas gegeben wird, so kann es nicht zurückgefordert werden.[4]) Wird dagegen etwas ob turpem causam stipulirt, so steht zur Realisirung dieser Stipulation keine wirksame Klage zu, einerlei, ob die Stipulation mit Beziehung auf eine schon geschehene oder noch zu verübende Unsittlichkeit eingegangen ist.[5])

4) Hiermit verwandt ist die Vorschrift des SCum Macedonianum. Nach dem bekannten Vorgange, welcher dieses Gesetz veranlasste, wurde es als der Sittlichkeit gefährlich angesehen, wenn Haussöhnen Geld dargeliehen würde. Um dem entgegenzutreten, und um jedenfalls die Haussöhne den Verlegenheiten zu entziehen, welche sie zu Unsittlichkeiten veranlassen könnten, versagte das Gesetz aus solchen Darlehn die Klage. Sollte aber dieser Zweck wahrhaft erreicht werden, so musste die Klage nicht allein aus dem ursprüglichen Darlehn, sondern auch aus einer während der Dauer der väterlichen Gewalt darüber eingegangenen Stipulation versagt werden; und dies finden wir denn auch in den Gesetzen ausgesprochen.[6]) War aber das Geld zurückgezahlt, dann lag kein Grund vor, dem Gläubiger das Seine wieder zu entziehen; die Gefahr, welche ja nur in dem Bestehen der Schuld lag, war überstanden. Man gestattete deshalb keine Rückforderung des Gezahlten.[7]) Auch hier war also Zahlung wirksam, Stipulation unwirksam. 7[a])

3) l. 4 §. 1 ad SC. Vell 16, 1. — quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat. Daher findet auch das SCtum keine Anwendung, wenn die Frau Zahlung für die Intercession empfangen hat, oder quasi debitrix d. h. zur Tilgung einer eigenen Schuld an denjenigen, für welchen sie eintritt, intercedirt. l. 8 §. 2. l. 22. l. 24 pr. eod.

4) l. 3 de cond. ob turp. caus. 12, 5. c. 2 ejusd. tit. 4, 7.

5) l. 8 de cond. ob turp. caus. c. 5 ej. tit. l. 26, 27. l. 123 de V. O. Wenn in der l. 8 cit. wegen der turpis causa eine Exception gegeben, dagegen in l. 123 de V. O. gesagt wird: stipulatio ab initio non valet: so ist dieser Unterschied darauf zurückzuführen, dass in dem letzten Falle die turpis causa als in die Stipulationsformel selbst mitaufgenommen gedacht werden muss.

6) l. 3 §. 3 u. 4. l. 6. de SC. Mac. 14, 3. (Jedoch nicht, wenn die Stipulation einem Dritten geleistet war. l. 19 de nov.).

7) l. 9. §. 4 u. 5 de SC. Mac. l. 26 §. 9. l. 40 pr. de cond. ind. l. 14 de R. C. — Savigny Obl. R. I. S. 77, 78.

7a) Mit der Zulassung der exc. SC. Vell. u. Maced. gegen eine in Mitte liegende Stipulation geht parallel deren Zulassung auch noch nach ergangenem Judicat (l. 11 ad SC. Mac.); eine Erscheinung, worin sich wiederum die Verwandtschaft zwischen Stipulation und Judicat (S. 38) erweist.

Die weiteren Fälle [8]) haben eine mehr vereinzelte Natur.

5) Wenn der Mann, um seiner Frau zu schenken, seinem Schuldner Auftrag giebt, der Frau zu expromittiren, so ist diese Stipulation ungültig, und der Expromittent bleibt Schuldner des Mannes. Giebt dagegen der Mann zu jenem Zwecke dem Schuldner Auftrag, an die Frau zu zahlen, so wird durch die Zahlung mittelst Unterstellung eines constitutum possessorium der Schuldner für liberirt gehalten. [9]) Offenbar wollte man nicht das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten bis zur reellen Benachtheiligung eines Dritten zur Durchführung bringen.

6) Bestellt Jemand vor Eingehung einer Ehe für diese eine dos durch Stipulation, so wird die Eingehung der Ehe nicht etwa blos als Voraussetzung (causa), sondern als stillschweigend vorbehaltene Bedingung aufgefasst. Es ist daher, wenn die Ehe unterbleibt, die Stipulation ipso jure nichtig: magis enim res, quam verba intuenda sunt (S. 47 Note 2). Anders aber wird die Sache behandelt, wenn die dos vor Eingehung der Ehe gegeben ist. Hier wird es als quaestio facti bezeichnet, ob die Absicht dahin ging, dass das Eigenthum sofort oder nur bedingungsweise übergehen sollte; für ersteres aber wird vermuthet. [10]) Gleicher Behandlung unterliegt das vor dem Erbschaftsantritt Conferirte, je nachdem es blos promittirt oder reell gegeben ist. [11])

7) Der mit der actio de peculio belangte Vater ist berechtigt, vor Allem seine eigenen Forderungen an dem Betrage des peculium zu kürzen. [12]) Ist also eine gegebene dos zu restituiren, so gehen auch diesem Anspruch die Ansprüche des Vaters vor, [13]) und die dos wird erst nach dem letzteren zurückerstattet. Ist dagegen die dos nur promittirt, so kann nach gelöster Ehe Befreiung von der Stipulation ohne Abzug begehrt werden; quum certe, et si ex promissione cum eo ageretur, exceptione doli mali tueri se posset. [14])

8) Consensual-Contracte können, re secuta, d. h. so bald der Preis gezahlt, oder die Waare geleistet ist, durch einfache Uebereinkunft nicht wieder aufgehoben werden. [15]) Hat sich aber der Verkäufer den Kaufpreis oder der Käufer die Waare stipulirt, so gilt dies nicht als res secuta. Vielmehr steht aus dem contrarius consensus, mittelst dessen der Kauf aufgelöst wurde, gegen die Stipulationsklage die exceptio doli zu. [16])

9) So lange die Evictionsfrage schwebt, kann der Käufer den bereits gezahlten Kaufpreis nicht zurückfordern, [17]) wohl aber den noch nicht ge-

8) Für eine völlig erschöpfende Aufzählung derselben soll hier natürlich keine Garantie übernommen werden. (Vielleicht gehört auch hierher: l. 20 pr. de donat. 39, 5.)

9) l. 5 § 3. l. 39 de donat. int. vir. 24, 1, vergl. mit l. 3 §. 12 eod. — Savigny IV. S. 589.

10) l. 7. §. 3. l. 8. l. 59 §. 2. l. 74 de jur. dot. 23, 3.

11) l. 3. §. 5 de coll. bonor. 37, 6.

12) l. 9. §. 2, 4, 6 de pecul. 15, 1.

13) l. 52 pr. de pecul. l. 22 §.13 solut. matr. 24, 3.

14) l. 38 §. 1 de pecul. 15, 1.

15) § 4 J. quib. mod. toll. 3, 29. l. 7 §. 6. l. 58 de pact. c. 1. 2 quando lic. ab. emt. 4, 45. l. 5 de resc. vend. 18, 5.

16) l. 3 de resc. vend. 18, 5.

17) l. 74 §. 2 de eviction. 21, 2. c. 12 eod. 8, 45.

zahlten zu seiner Sicherheit zurückhalten.[18]) Wie nun, wenn der Kaufpreis im Wege der Stipulation versprochen ist? Auch hier soll der Käufer die Zurückbehaltung bis zum Austrag der Sache durch die doli exceptio erlangen.[19]) — Es führt dieser Fall sehr nahe

10) zu der Frage, ob die s. g. exceptio non impleti contractus auch der Stipulation gegenüber zu wirken vermocht habe? Dieser Einwand, welcher im römischen Recht fast ausschliesslich beim Kauf eine Stelle fand, heutzutage aber bei der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge eine sehr häufige Anwendung erleidet, gründet sich auf die Thatsache, dass der Kläger selbst seiner aus dem nämlichen Vertrage entspringenden Pflicht zur Gegenleistung nicht genügt habe. Diese Vertheidigung hat aber eine ganz verschiedene Bedeutung, je nachdem sie darauf hinausläuft, dass der Kläger nicht leisten könne, oder nicht leisten wolle. In dem ersteren Falle (z. B. wenn die verkaufte Sache evincirt, oder wegen Mängel zurückgegeben, oder durch Schuld des Verkäufers untergegangen ist), hat der Einwand eine peremtorische Natur; er ist nur eine andere Form des Klagrechts, welches, selbst nach gezahltem Kaufpreise, auf dessen Rückerstattung gegeben sein würde. Es versteht sich daher von selbst, dass hier auch der Stipulation gegenüber eine Exception gegeben ist.[20]) Anders, wenn die unterbliebene Gegenleistung auf Mangel des guten Willens oder — was dem gleichsteht — auf einer nur subjectiven Unmöglichkeit der Erfüllung beruht; wenn also z. B. der Verkäufer, auf die Waare belangt, geltend macht, dass der Käufer den Preis noch nicht gezahlt habe. Dieser Einwand hat eine dilatorische Natur; er enthält die Geltendmachung eines Retentionsrechts,[21]) welches nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn der Verklagte bereits geleistet hat, oder sein Anspruch dem Klaganspruch nicht mehr als connex gegenüber steht. In diesem Falle also fragt es sich: tritt dadurch, dass der eine Contrahent seine Leistung durch besondere Stipulation verspricht, diese Stipulationsverpflichtung zu der Gegenverpflichtung aus dem Vertrage selbst dergestalt ausser Zusammenhang, dass ersterer nicht mehr aus letzterer, und letzterer nicht mehr aus ersterer die exc. non adimpl. contr. entgegengesetzt werden kann?

Von dem ersten Falle scheinen zwei Stellen[22]) zu reden, welche jenes Einwandes als eines begründeten erwähnen. Puchta[23]) nimmt an, es müssen die Klagen, denen jene Exception gegenüber gestellt werden,

18) l. 18 §. 1 de peric. et comm. 18, 6. c. 24 de evict.

19) l. 17 §. 2 de doli mali exc. 44, 4.

20) l. 14 de exc. 44, 1 vergl. mit l. 59 pr. de aed. edict. 21, 1. l. 5 § 4 de doli exc. 44, 4.

21) l. 13 §. 8 de act. emt. l. 22 de hered. v. act vend. 18, 4. Mit Recht erkennt deshalb auch die bessere Praxis in Folge dieses Einwands nicht auf Klagabweisung, sondern sie verurtheilt zu leisten gegen gleichzeitige Gegenleistung.

22) l. 25 de act. emt. Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

Gaj. IV. §. 126: Si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, objicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, sie ei res, quam emerit, tradita sit; quae quidem est justa exceptio.

23) Instit. II. §. 170 t. Vorles. §. 232.

als aus einer Stipulation (die Klage des Argentarius aus einem Literalcontract) erhoben gedacht werden, weil der Klage aus dem Kaufgeschäft gegenüber es nach dem Grundsatze: doli exceptio b. f. judiciis inest, einer förmlichen Exception gar nicht bedurft hättte. Scheint es nun gleich zweifelhaft, ob nicht auch da, wo es einer ausdrücklichen Formulirung der Exception nicht bedurfte, diese doch zur grösseren Sicherheit des Verklagten ausdrücklich in die Formel aufgenommen werden konnte und öfters aufgenommen worden sei: [24]) so dürfte doch die Fassung der Exception in l. 25 cit. erheblich für Puchta's Ansicht sprechen. Mittelst der Worte: pro ea re, quae venit, scheint dieselbe dem Excipienten zu Beweis zu stellen, dass sich die Klagforderung materiell auf einen Kauf gründe; hierzu aber läge kein Grund vor, wenn in der demonstratio das Kaufgeschäft als Klaggrund schon bezeichnet wäre. Glaubt man hiernach der Annahme Puchta's beistimmen zu müssen, [25]) so würde damit entschieden sein, dass der Einwand des nicht erfüllten Vertrags, auch in der vorbemerkten dilatorischen Wirksamkeit, der Stipulation gegenüber allerdings Platz greife; wofür auch die l. 4 pr. de usuris (22, 1) spricht, und die l. 17 §. 2 de doli mali exc. (S. 73) eine Analogie darbietet. Wir hätten damit wiederum einen Fall, wo die Stipulation schwächer wirkt als die reelle Leistung.

Stellen, welche den oben in Frage gestellten zweiten Fall beträfen, sind mir nicht bekannt. Es scheint hiernach, als ob übereinstimmend mit dem ersten Falle, auch hier die Einrede zugelassen werden müsste. Immerhin wird aber die Frage: quid actum sit, nicht ganz unzweifelhaft sein. Vielleicht würde es sich rechtfertigen, in beiden hier besprochenen Fällen zwischen novirender und nicht novirender Stipulation zu unterscheiden. [26])

Die hier betrachteten Verhältnisse, denen auch noch das S. 33 erwähnte, wonach die Stipulation nicht als Factor für die actio praescriptis verbis vorkommt, beigezählt werden könnte, bilden zwar nicht unerhebliche Abschwächungen des Princips, dass Stipulation und Eigenthumsübertragung sich juristisch gleich stehen. Gleichwohl müssen dieselben nur als Ausnahme von der Regel betrachtet werden.

24) l. 38. l. 58 de hered. pet. 5, 3. l. 6 §. 9. l. 14 §. 1 comm. div. 10, 3. l. 34 §. 1 de O. et A. 44, 7.

25) Vergl. auch Keller, röm. Civilpr. Anm. 387 u. 423. Dernburg Compensation S. 81 Note 2.

26) Zur Erläuterung sei hier eines Rechtsfalles gedacht, wo die Exception, ich glaube mit Recht, verworfen wurde. Ein Gutskäufer hatte beim Kauf zugleich das Gutsinventar für 610 Thlr. übernommen, und es war dieser Betrag im Kaufvertrage selbst als „gezahlt" angegeben. Gleichzeitig aber hatte der Käufer dem Verkäufer einen Schuldschein dahin ausgestellt, „dass er dem Verkäufer für übernommenes Vieh etc. 610 Thaler schuldig geworden, welche er auf Verlangen zu zahlen verspreche." Später klagte der Käufer wider den Verkäufer auf die im Kaufvertrag übernommene Hypothekenlöschung. Dieser setzte die exc. n. a. c. entgegen, gestützt auf das Zurückstehen jener 610 Thlr. Die Einrede ward vom O. A. G. verworfen, weil bei der Ausstellung eines besonderen Schuldscheines über jene Summe unter gleichzeitiger Quittirung derselben im Hauptvertrage (mithin eingetretener Novation) angenommen werden müsse, dass die Erfüllung des Hauptvertrags Seitens des Verkäufers nicht ferner von Zahlung jener Summe habe abhängig gemacht werden sollen.

§. 25.

Anfechtungsmittel der Stipulation.

Im Gegensatz zu diesen Ausnahmen kommt die Regel [1]) unverkürzt zur Anwendung, wenn es sich um Anfechtung der Stipulation wegen Mangels der causa handelt. So wie durch die Tradition Eigenthum, so geht durch die Stipulation eine ipso jure begründetes Forderungsrecht in das Vermögen des Erwerbers über; beiden gegenüber steht bei mangelnder causa ein, materiell auf völlig gleichen Grundsätzen beruhendes, Recht der Anfechtung.

Demgemäss finden wir zur Anfechtung des sine causa promissum zunächst dieselben Klagen gegeben, denen das sine causa datum unterliegt, nämlich die Condictionen. [2]) Gegenstand dieser Klage war gewissermassen die Zurückerstattung der durch die Stipulation in das Vermögen des Stipulanten übertragenen Obligation, [3]) oder, dem Resultat nach bezeichnet, Liberation. [4]) Die Handlung, mittelst deren die Liberation realisirt wurde, war regelmässig die Acceptilation. [5])

Es scheint allgemeinen processualischen Grundsätzen zu widerstreiten, wenn hier Klagen gegeben sind, nicht um einen störenden thatsächlichen Zustand zu beseitigen, sondern lediglich um eine ipso jure bestehende, nach dem Recht der aequitas aber bereits unwirksame Obligation zur formalen Auflösung zu bringen; also eigentlich Klagen auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Es hing das mit dem ursprünglichen Verhältniss des strictum jus zu den Instituten der aequitas zusammen. Eingedenk des langsamen und mühevollen Weges, den die letzteren ohne Zweifel bis zu ihrer allseitig anerkannten sicheren Geltung zurückzulegen hatten, hielten die Römer die Belastung mit einer ipso jure bestehenden Verbindlichkeit, wenn gleich ihr Rechtsmittel der aequitas entgegenstanden, für etwas dergestalt Beschwerendes, dass die Erlangung einer vollkommenen Befreiung von solcher nicht als ungeeignet zur Verfolgung im Wege der Klage betrachtet wurde. Diese Anschauung erhielt sich auch, als bereits die Principien der aequitas sich consolidirt, gewissermassen die Gleichberechtigung mit dem strictum jus erkämpft hatten. Zeugniss hierüber giebt eine Stelle Ulpians, l. 9 §. 3 quod metus causa (4, 2), wo dieser die Ansicht des Pomponius referirt, dass bei einer erzwungenen Stipulation, als einem negotium imperfectum, nur die exceptio metus, nicht auch eine entsprechende Klage gegeben sei. Er selbst vertritt aber die entgegengesetzte Ansicht, für welche er auf die bestehende Praxis sich beruft:

1) Zahlreiche Belege für diese Regel bei Gneist S. 195.

2) l. 1. l. 3 de cond. sine causa 12, 7 (S. 52). Savigny V. S. 618.

3) Daher der Ausdruck: condicere obligationem l. 1 pr. d. cond. s. c. 12, 7. l. 76 de jure dot. 23, 3.

4) Daher auch: condicere liberationem. l. 1 pr. ut in pos. leg. 36, 4. l. 5. §. 1 de act. emt. 19, 1. l. 24 de cond. ind. c. 1 de err. calc. 2, 5.

5) l. 3 de cond. s. c. l. 2 de donat. 39, 5. c. 15 de fidej. 8, 41. Ausnahmsweise trat an die Stelle der Acceptilation ein pactum de non petendo, wenn der objective Bestand der Obligation conservirt und nur eine einzelne Person aus solcher freigegeben werden sollte. l. 5 pr. §. 1 u. 2. de lib. leg. 34, 3.

Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare; et Praetorem me assidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua Constitutione colligitur, ut, sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur.

Für die fortdauernde Zulassung der Condictionen zur Anfechtung des sine causa promissum dürfte überdies der historische Grund vorliegen, dass dieselben anfangs wahrscheinlich das einzige Anfechtungsmittel abgaben, und dass erst später nach dem Grundsatz: cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit, zu gleichem Zwecke auch die exceptio doli gegeben sein mag.[6]) War nun gleich nach Einführung der letztern die Zulassung einer Klage für die Anfechtung nicht mehr in gleichem Masse Bedürfniss, so entsprach es doch völlig der conservativen Tendenz des römischen Rechts, die einmal gegebene Klage nicht abzuschaffen; wenn auch dieselbe im Laufe der Zeit neben der Exception mehr und mehr zurücktrat.

In Vorstehendem ist bereits das zweite zur Anfechtung des sine causa promissum gegebene Rechtsmittel bezeichnet; es bestand in der exceptio doli, der Klage aus der Stipulation gegenüber.

l. 2 §. 3 de doli mali exc. 44, 4 (Ulpianus). Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit; licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, quum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere. — Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit, nocere exceptionem.

Condiction und exceptio doli, welche hiernach concurriren, haben wir nicht für den Ausfluss verschiedener Rechte zu halten, vielmehr sind sie nur verschiedene processualische Formen für ein und dasselbe Recht. Daraus folgt, dass für beide materiell völlig gleiche Grundsätze zur Anwendung kommen müssen. Für diese Grundsätze aber ist das Condictionenrecht, wie wir es bei der Anfechtung des sine causa datum kennen gelernt, massgebend.

Diese Uebereinstimmung giebt sich zunächst in der streng persönlichen Natur des Anfechtungsrechtes zu erkennen. Diese kann sich hier freilich nicht in der Unwirksamkeit einem dritten Besitzer gegenüber,

6) A. M. ist Gneist S. 189 flg. und mit ihm Schmidt (Krit. Jahrb. B. 21 S. 36), desgleichen Heimbach Creditum S. 384, ferner Witte, Bereicherungsklagen §. 7, Salpius Novation S. 287, welche annehmen, dass erst aus der exc. doli die condictio hervorgegangen sei. Es scheint mir jedoch von vornherein unwahrscheinlich, dass das Rechtsmittel des Civilrechts erst dem des prät. Rechts seine Entstehung verdanke. Auch spricht dagegen, dass in manchen der hier einschlagenden Verhältnisse die Anfechtung überhaupt nur durch Condiction möglich ist; so bei der Stipulation einem Dritten gegenüber, desgleichen bei der Acceptilation. Uebereinstimmend hiermit Jhering, G. d. r. R. III. S. 118 Note 165.

sondern nur darin äussern, dass in den Fällen, wo die promissio ihre causa aus dem Verhältniss zu einem Dritten entnimmt, der Mangel der causa nicht dem stipulator, sondern nur dem Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann. Naturgemäss kann hier blos von einer Condiction als Anfechtungsmittel die Rede sein. Wenn also A. seinem vermeintlichen Schuldner B. an X. delegirt und X. die Schuldsumme von B. stipulirt, so kann B. wegen irrthümlicher Unterstellung der Schuld die Stipulation des X. nicht anfechten; vielmehr nur den stipulirten Betrag wider A. condiciren. [7])

Ausnahmen von dieser Regel sollen nach l. 2 §. 3 u. 4 de donat. (39, 5) und l. 7 de doli exc. (44, 4) nur in zwei Fällen stattfinden, wenn nämlich die Delegation zum Zwecke einer zwischen A. und X. zu vollziehenden Schenkung, oder zur Tilgung einer Schuld, welche ebenfalls indebitum ist, geschah. Hier soll B. unmittelbar wider X. sich der Exception und Condiction bedienen können; offenbar weil ein Schenknehmer und der Empfänger einer Nichtschuld nicht zum Nachtheil eines unschuldigen Dritten Schutz verdienen. [8]) Charakteristisch ist aber auch hier wieder das Schritthalten zwischen Exception und Condiction.

§. 26.

Verschiedenheit der Anfechtung je nach dem Causalverhältniss.

Wir haben oben gesehen, dass die Condiction sich in verschiedene Arten verzweigt, je nachdem ihr ein datum ob causam im engeren Sinne, oder ein datum solvendi causa, d. h. eine Eigenthumsübertragung in Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit unterliegt; indem im erstern Fall die Regel der cond. ob causam datorum, im letztern die Grundsätze der cond. indebiti zur Anwendung kommen. Dasselbe findet nun statt bei der Condiction und der ihr correspondirenden Exception, je nachdem ihr eine stipulatio ob causam, oder eine stipulatio debiti gegenübersteht.

Fälle der ersten Art finden sich in folgenden Stellen.

Von einer mortis causa promittirten dos wird gesagt:

l. 76 de jure dot. — nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa condictio est.

Von einer dos, welche die Ehefrau dem Sclaven oder Haussohn ihres Mannes unter Voraussetzung der Genehmigung des letzteren (also in dieser Beziehung ob causam) bestellt, wird bemerkt:

l. 46 pr. de jure dot. — Igitur hanc dotem periculo mulieris esse dico, quamdiu dominus vel pater ratam promissionem vel donationem habuerit; ideoque etiam manente matrimonio res, quas tradiderit, condictione repetituram; item incerti condictione consecuturam, ut promissione liberetur.

Für die Anwendung der exceptio doli wider eine stipulatio ob causam kann der Schlusssatz der bereits oben (S. 76) angeführten l. 2 §. 3 de

7) l. 12, 13, 19 de nov. l. 8 §. 2 ad. SCum Vell. l. 4. §. 20, §. 21. l. 5. §. 5 de doli mali exc. l. 9 §. 1 de cond. c. d. c. n. s. l. 1 §. 10 §. 11. quar. rer. act. 44, 5. l. 46 §. 2 de jure dot.

8) Vergl. auch l. 7 pr. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

doli mali exc. als Bespiel dienen: Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit — dicendum est, nocere exceptionem.

Weit häufiger sind die Fälle der Anfechtung einer stipulatio ex causa praecedente.

l. 31 de cond. ind. Is, qui plus, quam hereditaria portio efficit, per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem.

c. un. de errore calc. (2, 5.) — et si per errorem calculi velut debitam quantitatem, cum esset indebita, promisisti; condictio liberationis tibi competit.

c. 15 de fidej. (8, 41.) Si indebitam pecuniam quasi ex causa fidejussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes.

l. 5 §. 1 de act. emt. (19, 1) — quemadmodum si falso existimans se damnatum dare promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret.

Wir werden daher auch hier sagen müssen: wird eine stipulatio ob causam condicirt, so liegt in diesem Verhältniss an sich nichts, was den Verklagten von dem Beweise des, sein Recht aus der Stipulation bedingenden, objectiven Bestandes der causa befreite. Die Stipulation ist nur die Uebertragung eines abstracten Forderungsrechts, als solche aber kein Beweismittel über die geschehene Gegenleistung, eben so wenig, als beim Kauf die Ueberlieferung der Waare einen Beweis dafür abgiebt, dass der Preis gezahlt sei. Am klarsten leuchtet dies ein, wenn in Beziehung auf eine causa futura stipulirt ist, wo also „ob causam non secutam“ condicirt wird. Denn in dem Umstand, dass man bei der Stipulation den Eintritt einer Thatsache erwartet habe, kann ohne Zweifel kein Grund gefunden werden, den Eintritt als geschehen anzunehmen. Selbst aber wenn bei der stip. ob causam die causa als bereits bestehend angenommen ist, so kann die hierin liegende Anerkennung des Bestandes der causa zwar bewirken, dass der Richter dieselbe bis auf Weiteres für erledigt annimmt und deshalb über deren behaupteten Nichtbestand vom Kläger Beweis fordert, mit dessen einfacher Erbringung jedoch die Condiction begründet erscheint.

Anders, wenn die Stipulation ex causa praecedente, d. h. in Anerkennung einer dem Gegenstande der Stipulation entsprechenden Schuld geschehen ist. Hier gestaltet sich die Condiction als cond. indebiti, welche an die unabänderliche Voraussetzung eines durch Irrthum qualificirten Beweises der Nichtschuld geknüpft ist. Eine ganze Reihe von Gesetzstellen (ausser den soeben angeführten) lässt dies erkennen.

l. 47 de oper. libert. (38, 1). Campanus scribit, non debere Praetorem pati, donum, munus, operas imponi ei, qui ex fideicommissi causa manumittatur; sed si, quum sciret, posse se id recusare, obligari se passus sit, non inhibendam operarum petitionem, quia donasse videtur.

l. 62 de cond. ind. (12, 6). Fideicommissum in stipulatione deductum, tametsi non debitum fuisset, quia tamen a sciente fidei explendae causa promissum esset, debetur.

l. 20 de SCo Maced. (14, 6). Si is, cui dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam

facti, novatione facta, eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

c. 6 de juris et facti ignor. (1, 18). Si non transactionis causa, sed indebitam errore facti olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse Rector provinciae animadverit, reddito quod debetis, residui liberationem condicentes audiet.

Ferner: l. 20 §. 1 de donat. 39, 5. — l. 66 §. 4 sol. matr. 24, 3, vergl. mit l. 21 de V. O: — l. 1 pr. ut in poss. leg. 36, 4. — l. 4 §. 5, si quis caut. 2, 11. — l. 12 de novat. 46, 2. — l. 78 §. 5 de jure dot. 23, 3. — l. 24 de cond. indeb. 12, 6.

Die beiden letzten abgedruckten Stellen, welche auf einen error. facti hinweisen, ergeben zugleich das Erforderniss eines entschuldbaren Irrthums. [1]) Indebite solutum und indebite promissum stehen hiernach rücksichtlich der Anfechtbarkeit einander völlig gleich. [2])

Gleich einem Zahlungsempfänger muss hiernach auch derjenige, welcher eine stipulatio debiti für sich hat, eine Anfechtung wegen Nichtbestandes der ursprünglichen Schuld gegenüber von jeder Darlegung dieser Schuld für befreit, und sein aus der Stipulation entspringendes Forderungsrecht so lange für unantastbar gehalten werden, als nicht der Gegner qualificirten Beweis der Nichtschuld bringt. Auch bei der stipulatio debiti erscheint die in der Stipulation sich bethätigende Anerkennung der Schuld nicht als ein bloses Beweismoment, sondern als ein Willensmoment, welches zu seiner Beseitigung gleichsam eine Restitution wegen Irrthums nöthig macht.

Dabei kann es auch keinen Unterschied begründen, ob die Stipulation mit novirender oder mit accessorischer Wirkung dem Forderungsrechte hinzutritt. Aus der Natur der Sache lässt sich ein Unterschied nicht ableiten. Auch die accessorische Stipulation überträgt ein selbständiges Forderungsrecht, dessen Wirksamkeit dadurch nicht geschwächt erscheint, dass es eine zweite Klage noch neben sich duldet (S. 39). Noch weniger würde sich ein Unterschied aus den Gesetzen begründen lassen. Namentlich weisen diejenigen Stellen, welche die hier fraglichen Grundsätze auf die Anfechtung einer „cautio indebitae pecuniae," „quantitatis indebitae interposita scriptura" [3]) zur Anwendung bringen, unter dieser Bezeichnung entschieden auf eine nur accessorische Stipulation hin.

1) A. M. ist Donell (Comm. 1 c. 21), welcher für die Anfechtung des indebite promissum auch den Rechtsirrthum für zureichend hält, wegen l. 1 pr. ut in poss. 36, 4. Siehe hiergegen Savigny III. S. 461.

2) Vergl. Savigny a. a. O. — Die Gleichartigkeit beider erstreckt sich sogar bis auf Einzelheiten: vergl. z. B. c. 4 de cond. ind. 4, 5. – Wenn in c. 3 eod. gesagt wird: Cum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit: multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit, vel doli exceptio agenti opponitur — so deuten die Worte „multo facilius" nicht auf eine leichtere Anfechtung, sondern auf eine leichtere Rechtfertigung der Anfechtung (wie z. B. in l. 156 de R. J. die Worte „multo magis").

3) c. 3 u. 4 de cond. ind. c. 15 de fidej. c. 6 de jur. et facti ign. (s. oben S. 78).

Wie gestaltet sich nun die Anfechtung, wenn sie, statt durch Condiction, durch die exceptio doli erfolgt? Die materielle Identität beider Rechtsmittel lässt darüber keinen Zweifel; die Exception bedarf derselben Begründung und Beweisführung, wie die Condiction, deren Stelle sie vertritt. Steht die Exception einer stipulatio ob causam gegenüber, so liegt in diesem Verhältnisse an und für sich kein Grund, den Excipienten von dem Beweise der causa freizugeben. Wird dagegen mittelst der Exception eine stipulatio debiti (ex causa praecedente) angefochten, so hat der Excipient qualificirten Beweis der Nichtschuld zu erbringen.

§. 27.

Fortsetzung. Exceptio non numeratae pecuniae.

Die Richtigkeit dieser Sätze, so dringend auch die Consequenz zu ihnen hinführt, bedarf jedoch noch nach einer doppelten Seite hin der Rechtfertigung.

Auf den Grund der l. 25 §. 4 de probat. gelangt Gneist (S. 209 flg.) zu dem von ihm selbst als „höchst merkwürdig" bezeichneten Satz, dass bei jeder Stipulation (also auch der ex causa praecedente) der promissor durch die exceptio doli den Stipulanten nöthigen könne, den objectiven Bestand einer causa der Stipulation nachzuweisen. [1]) Die Rückbeziehung auf eine bestehende Schuld, welche der stipulatio debiti ihre Bestimmung giebt, erscheint ihm demnach nur als ein Beweismittel, das dem Stipulator bei der ihm obliegenden Nachweisung der (objectiven) causa zu Gute kommt. In ähnlicher Weise glaubt Salpius [2]) theils aus der Natur der Sache, theils aus den Gesetzen herleiten zu dürfen, dass ursprünglich die Anfechtung einer stipul. debiti keineswegs an die Voraussetzungen der cond. indeb. geknüpft gewesen sei; vielmehr derselben die nämlichen Einreden, wie der ursprünglichen Schuld entgegengestanden haben. Erst im Laufe der späteren Kaiserzeit sei in Folge des hinzugetretenen Elements der confessio — Anerkennung — ein anderes Recht entstanden, so dass nunmehr allerdings die mit Anerkennung einer bestehenden Schuld verbundene Stipulation nur nach dem Grundsatze der cond. indeb. anfechtbar geworden sei.

Der §. 4 der l. 25 de prob. kann erst später zur Erörterung kommen. Hier muss den Ansichten beider Schriftsteller zunächst aus dem allgemeinen Grunde widersprochen werden, dass dieselben den Grundcharakter der cond. indeb. ignoriren. Wenn die Römer für die Anfechtung des indebite promissum das nämliche Rechtsmittel verwendeten, welches bereits für die Anfechtung des indeb. solutum eine bestimmte Ausbildung erlangt hatte, so kann dies doch nur dahin verstanden werden, dass beide Anfechtungen dem nämlichen Rechtsgedanken unterliegen sollen.

1) Auch Heimbach, Creditum S. 388, stimmt ihm bei. Gneist hat seine Ansicht wiederholt vertheidigt in einem Programm: Comm. de causae probatione stipulatoris. 1858.

2) Die ausführliche Erörterung findet sich a. a. O. §. 45 flg.

Für diesen Rechtsgedanken ist aber die Stellung der Beweislast und das Maass des zu Beweisenden etwas durchaus Wesentliches. Noch weniger ist vom praktischen Standpunkt aus einzusehen, wie jene Lehre habe bestehen mögen. Es ist unzweifelhaft, dass die Römer die Stipulation anwandten, um bestehenden Verbindlichkeiten eine neue gesicherte Grundlage zu geben (S. 24 N. a). Worin bestand denn nun aber diese grössere Sicherheit des Gläubigers, wenn der Schuldner, aus der Stipulation belangt, nur die exc. doli in die Formel aufnehmen zu lassen brauchte, um den Gläubiger zu nöthigen, neben der Stipulation auch noch die ursprüngliche Schuld zu beweisen? [2a])

Man könnte andererseits der oben aufgestellten Annahme, dass der stipulatio ob causam gegenüber der Excipient an und für sich nicht mit dem Beweise des Nichtbestands der causa belastet sei, mit dem allgemeinen Satze entgegen treten, dass der Verklagte seine Exceptionen beweisen müsse; [3]) ein Satz, der für die exceptio doli in l. 2 §. 1 de doli exc. eine besondere Bestätigung zu finden scheint. Es muss hier aber wiederholt darauf hingewiesen werden, dass die römische exceptio (im Gegensatz zur modernen Einrede) mit der Beweislast nur insofern zusammentrifft, als sie zugleich auf selbständigen Thatsachen beruht. Die Regel, dass der Verklagte die Exception beweisen müsse, ist nur in demselben Maasse wahr, wie die, dass der Kläger seine Klage zu beweisen habe (reus excipiendo fit actor). Soweit daher bei der condictio ob causam datorum der Condicent von dem Beweise des Nichteintritts der causa, als einer Negative, frei ist, wird er unzweifelhaft diesen Beweis auch nicht zu führen haben, wenn er das nämliche Recht in Form einer Exception geltend macht.

Eine positive Bestätigung aber erhält dieses Resultat in Folgendem. Schon oben (S. 76) haben wir aus einer Stelle Ulpians, l .2 §. 3 de doli exc., als ein Beispiel der exceptio wider eine stip. ob causam den Fall kennen gelernt: si quis crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit. Denselben Fall der stipulatio credendi causa (S. 33) finden wir auch bei Gajus (IV. §. 76) als Beispiel für die exc. doli benutzt, ein deutlicher Beweis von der Häufigkeit und Wichtigkeit dieses Falles:

— si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: — eam pecuniam a te peti posse certum est, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.

Der Verklagte ward also gegen die Stipulation, für welche er eine Geldzahlung erwartet hatte, dadurch geschützt, dass in die Klagformel der

2a) Salpius wird bei seiner Darlegung von einer Anschauung geleitet, die sich freilich durch sein ganzes Buch hindurchzieht, als ob die „Anerkennung" der Schuld, welche, wie auch er nicht verkennt, bei der stip. debiti eine Rolle spielt, bei dieser nur etwas Zufälliges, äusserlich Hinzutretendes gewesen wäre. Hierin kann ich ihm nicht recht geben. In der Rückbeziehung auf eine bestehende Schuld, welche eben die stip. debiti als solche charakterisirt, ist die Anerkennung der Schuld eo ipso enthalten; und sie war es ohne Zweifel nicht minder zur Zeit der classischen Juristen als unter den späteren Kaisern, weil es in der ewigen Natur der Dinge liegt.

3) l. 19. l. 25 §. 3 de probat. 22, 3.

Zusatz: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat [4]) aufgenommen wurde; indem er auf Grund dieses Zusatzes beim judex geltend machen konnte: pecuniam, quam numeraturus A. Agerius stipulatus sit, non esse numeratam. Es galt jedoch im Verhältniss zu gewissen Personen für unpassend, ihnen „dolus" vorzuwerfen; und um dieses anstössige Wort zu vermeiden, konnte die Exception statt auf den Rechtsbegriff des dolus, auf die zu Grunde liegende Thatsache „pecuniam non esse numeratam" gestellt werden.

l. 4 §. 16 de doli exc. (Ulpianus): Adversus parentes patronosque neque doli exceptio, neque alia quidem, quae patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet, competere potest; in factum tamen erit excipiendum, ut, si forte pecunia non numerata dicatur, objiciatur exceptio non numeratae pecuniae.

Auch andere Gründe konnten vielleicht Veranlassung geben, die fragliche Exception, statt in jus, in factum zu concipiren. So finden wir denn noch in weiteren Stellen die exceptio non numeratae pecuniae als mit der exceptio doli (materiell) identisch erwähnt.

l. 29 mandati (Ulpianus); Si fidejussor conventus, quum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis, an mandati judicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur. Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari, etc.

c. 3. de non numer. pec. (Antoninus A. Demetrio.) Si ex cautione tua conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli, seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam.

In der letzten Stelle wird nun aber ausdrücklich bestätigt, was bisher aus allgemeinen Gründen abgeleitet wurde, dass nämlich zufolge der hier fraglichen exceptio doli (von welcher die exc. n. n. pec. nur eine andere Version bildet) nicht der Excipient, sondern der Kläger den Beweis über den Eintritt der causa (die erfolgte Geldzahlung) zu führen habe; und diese Regel wird in c. 10 de n. n. pec. auf den Satz zurückgeführt: quia negantis naturali ratione probatio nulla est — ganz so, wie oben (S. 49) die Beweislast für die condictio ob causam datorum aus der Natur der Sache abgeleitet wurde.

Später wurde die Bezeichnung der hier fraglichen Exception als exc. non numeratae pecuniae die gewöhnliche; so dass Justinian in §. 2 J. de except., wo er die angeführte Stelle von Gajus fast wörtlich wiedergiebt, der von diesem erwähnten exc. doli die exc. n. num. pec. ohne Weiteres substituirt. Und an diesen Namen haben sich dann die Schicksale geknüpft, welchen diese Exception bis auf den heutigen Tag unterlegen hat.

4) Gaj. IV. §. 119. l. 2 §. 1 de doli exc. 44, 4.

§. 28.

Ergebnisse.

Wir sind nunmehr im Stande, die Bedeutung der Stipulation für die Sicherung der Obligationsverhältnisse nach dem Standpunkte classischer Jurisprudenz zu überschauen.

War die Stipulation, (einerlei ob novirend oder accessorisch) mit Beziehung auf eine bestehende Verbindlichkeit eingegangen, so hatte dadurch der Gläubiger als Grundlage seines Forderungsrechtes ein neues Rechtsgeschäft gewonnen, welches in seiner bestimmten Form über die Verpflichtung des Promittenten keinen Zweifel liess, und für dessen Aufrechthaltung schon die subjective Beziehung auf eine vorhandene Schuld so lange genügte, als diese nicht wegen dolus oder entschuldbaren Irrthums anzufechten stand. Nicht allein derjenige, welcher eine bestehende Schuld gezahlt, sondern auch der, welcher deren Betrag im Wege der Stipulation zu zahlen versprochen hat, wird rechtlich so angesehen, als ob er die Schuld wider sich gelten lassen wolle, so lange er nicht diese bethätigte Willensmeinung als eine irrige zu entschuldigen vermag. Die stipulatio debiti macht also den Gläubiger der Vortheile theilhaftig, welche die, sonst erst mit der Zahlung verbundene, ächte Anerkennung gewährt, ohne dass der Schuldner schon zur Zeit genöthigt ist, sich seines Vermögens reell zu entäussern. Jene Anerkennung ist das Element, welches Zahlung und stipulatio debiti gemein haben und letztere als ein annäherndes Surrogat der ersteren erscheinen lässt. [1])

Nach dieser ihrer Wirksamkeit hat die stipulatio debiti die grösste Aehnlichkeit mit dem legatum debiti, worauf die Gesetze ausdrücklich hinweisen. [2]) Auch dieses, wenn es eine bestimmte Quantität als Schuld bezeichnet, gewährt ein selbständiges Forderungsrecht, unabhängig davon, ob das legirte debitum wirklich besteht oder nicht: [3]) quia falsa domonstratio non nocet. Besteht nun das debitum in Wirklichkeit, dann hat allerdings das Legat keinen materiellen Werth, und in diesem Sinne wird dasselbe für diesen Fall als inutile bezeichnet. [4]) Jedenfalls aber begründet das Legat ein selbständiges Klagrecht und kann insofern processualisch von Nutzen sein. [5]) Nur kann das Legat nicht neben der ursprünglichen Verbindlichkeit verfolgt werden; gegen einen solchen Versuch schützt die

1) Ausserdem traten durch die Stipulation noch mancherlei andere, theils processualische, theils materielle Wirkungen ein: die stricti juris actio (Savigny V. S. 466), die Feststellung der Grösse des Anspruchs (l. 11 de stip. praet. 46, 5); die purgatio morae für den Schuldner (l. 8 pr. de nov. l. 72 §. 1 de solut.), die Uebertragung der Gefahr einer Forderung (l. 35 de jure dot.).

2) l 21 i. f. de V. O.

3) l. 75 §. 1 de leg. I. c. 2, 3, 5 de falsa causa adj. 6, 44. l. 25 de liber. leg. 34, 3. l. 40 §. 4 de cond. et dem. 35, 1. l. 6 § 1 de dote prael. 33, 4. l. 93 §. 1 de leg. III. l. 88 §. 10 de leg. II.

4) §. 14 J. de leg. 2, 20. l. 29 de leg. I. l. 11, 13, 25 de liber. leg. 34, 3.

5) Ausdrücklich wird diese Bedeutung des Legats anerkannt für den Fall: si legetur id, quod honoraria actione debetur, quia civilis mihi datur actio pro honoraria. l. 28 de leg. I.

exceptio doli. [6]) Auch fällt das Legat weg, wenn der Testator nur durch die irrthümliche Unterstellung, dass die Schuld überhaupt bestehe oder noch zur Zeit seines Todes bestehen werde, zu dem Legat veranlasst wurde, was in manchen Fällen schon allein aus den Umständen zu entnehmen steht. [7])

Betrachten wir dagegen die stipulatio ob causam, so hatte ihr gegenüber das materielle Element in der That die Oberhand gewonnen. Es konnte aus ihr nur mit Wirksamkeit geklagt werden, wenn der Kläger zugleich nachwies, dass die causa bereits eingetreten sei und dadurch die Stipulation ihre materielle Grundlage erlangt habe. Die causa wirkte hiernach materiell einer Bedingung völlig gleich. Nur in der äusseren Processform bestand der Unterschied, dass die causa der Geltendmachung mittelst einer exceptio bedurfte, während die Bedingung ipso jure wirkte. Dieser Unterschied konnte aber naturgemäss den Formularprocess nicht überdauern; [8]) auch abgesehen von denjenigen Verhältnissen, bei welchen schon früher die causa förmlich als conditio behandelt wurde (S. 47).

Bestand nun die causa, mit Beziehung auf welche stipulirt war, in einem Ereigniss zufälliger Art, so bewährte allerdings die Stipulation noch eine erhebliche Wirksamkeit, indem sie wenigstens dann, wenn die causa eingetreten war, eine Klage gab, die ausserdem gefehlt haben würde.

Wenn dagegen die causa der Stipulation in einer eigentlichen Gegenleistung bestand, da verschwand die Bedeutung der Stipulation dem realen Element des Vertragsverhältnisses gegenüber fast gänzlich. [9]) Aus der Stipulation konnte nicht mit Wirksamkeit geklagt werden, wenn der Stipulant nicht zugleich nachwies, dass er seinerseits die Leistung bewirkt habe. Hatte er aber diese Leistung bewirkt, dann konnte er auch ohne Stipulation zufolge der lex dationis aus dem Realcontract oder mittelst der actio praescriptis verbis klagen. Die Stipulation erscheint also in diesen Fällen nur als das zu einem Formalact erhobene Gegenversprechen, welches materiell vor dem formlosen Versprechen nichts voraus hat.

Unter diesen Verhältnissen war der Gedanke nahe gelegt, das formelle Element, welches durch das materielle hier ganz zur Seite gedrängt war, wieder auf positivem Wege zu stärken. Und diesen Gedanken finden wir später für den wichtigsten Fall der stip. ob causam, die stipulatio credendi causa, in der That verwirklicht durch die Beschränkung der exceptio n. n. pec. auf eine gewisse Zeit, nach deren Ablauf die formelle Obligation wieder ungeschwächt hervortrat.

6) l. 84 §. 6 de leg. I.

7) Vergl. l. 1 §. 5. l. 11, 16 de dot. prael. 33, 4.

8) Im Sinne des heutigen Processes würde man sagen: der Eintritt der causa gehörte bei der Klage aus dieser Stipulation zum Klaggrunde (S. 50 Note 12).

9) Bedeutsam blieb die Stipulation noch für Nebenpunkte, z. B. Conventionalstrafen; ferner für Darlehnzinsen, welche nur ex stipulatione begehrt werden konnten.

Capitel IV.

Der Stipulation verwandte Rechtsgeschäfte.

§. 29.

Formalcontracte des ältern Rechts. — Acceptilation.

Ehe wir weiter gehen, erscheint es angemessen, eine Reihe von Rechtsgeschäften in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, welche zu der Stipulation in einer gewissen Verwandtschaft stehen.

Nur kurz sei hier zunächst an die Rechtsgeschäfte des älteren Rechts erinnert, welche neben der Stipulation dazu dienten, den Begriff der Formal-Obligation zu verwirklichen. Es waren das der ältere Literalcontract und ein weiteres Rechtsgeschäft, dessen Bestand uns in dem Erwähnen der actio receptitia bezeugt wird. Was wir über den älteren Literalcontract wissen, beschränkt sich im Wesentlichen auf die Mittheilung bei Gajus (III. §. 128—133), welche zwar nicht ausreicht, den ganzen Zusammenhang des Instituts klar zu stellen, aber doch namentlich auch in der Charakterisirung des nomen transscriptitium als eines ächten Formal-Contracts, im Gegensatz zu einem blosen Beweismittel, von grossem Interesse ist. In gleicher Weise zeigt das Wenige, was Justinian in c. 2 de const. pec. (4, 18) über die actio recepticia sagt, „dass hier die Idee der abstracten Obligation zur vollsten Verwirklichung gelangt war.“ [a]) Beide Erscheinungen können als Zeugniss des klar erkannten Bedürfnisses nach schützenden Formen gelten. Wir werden noch später Gelegenheit haben, auf dieselben Rückblicke zu werfen.

Als noch practisches Institut tritt uns sodann im Justinianischen Rechte die Acceptilation entgegen; ein Rechtsgeschäft, welches dadurch zu der Stipulation in nächster Verwandtschaft steht, dass es als Formular-Aufhebungsact einer verborum obligatio ein volltsändiges Correlat zu der Stipulation in umgekehrter Richtung bildet. Wie wir oben gesehen, steht bei der natürlichen [1]) Aufhebung der Obligation durch Zahlung der Act der Freigebung zu seinem Rechtsgrunde in einem Abhängigkeitsverhältnisse. Derselbe kann aber auch zu einem abstractum erhoben werden; und zwar geschieht dies mit voller Wirksamkeit durch ein der Stipulation (auch in der Form) völlig entsprechendes Rechtsgeschäft, die acceptilatio. Kraft ihrer abstracten Natur gilt dieselbe nur als Erwerb; auch der Pupill kann durch sie befreit werden; sie wird der Tradition gleich gesetzt. [2]) Es konnten jedoch nur Verbal-Contracte durch Acceptilation gelösst werden; [3]) und deshalb war bei anderen Verträgen, um zu dieser Auflösung

a) Jhering G. d. r. R. III. S. 207.

1) l. 107 de solut.: Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, — veluti solutione — aut — civiliter — veluti acceptilatione . . .

2) l. 63 de solut. l. 11 pr. l. 2 de acceptil. 46, 4. l. 14 §. 3 quod met. causa 4, 2 l. 1 §. 2 quae in fraud. cred. 42, 8.

3) §. 1 J quib. mod. obl. toll. 3, 29. l. 8 §. 3 h. t. l. 80 de solut. Vergl. auch l. 5 pr. de resc. vend. 18, 5.

fähig zu sein, erst deren Novation, d. h. Umwandlung in eine verb. obligatio erforderlich. [4]) In ihrer Wirkung wird die Acceptilation der Zahlung verglichen, und deshalb auch eine imaginaria solutio genannt. [5])

Wenn nun gleich die Wirksamkeit der Acceptilation zufolge ihrer abstracten Natur ohne Rücksicht auf eine causa eintritt, so kann doch dieselbe eben so wenig als jede andere Vermögenszuwendung ohne eine (subjective) causa gedacht werden. Erst hieraus ergiebt sich ihre wahre Bedeutung. Ganz wie die Stipulation, nur in umgekehrter Richtung, diente sie zur processualischen Sicherung des Obligationen-Verkehrs, indem sie den Nichtbestand einer Obligation auf der Grundlage eines materiellen Verhältnisses formell feststellte. Demgemäss finden wir sie, ausser zum Zweck der Schenkung, [6]) in den mannichfaltigsten Beziehungen, theils der stipulatio ob causam, theils der stip. ex praecedente causa entsprechend, angewendet.

Fälle der ersteren Art sind: die Acceptilation zur Errichtung einer donatio mortis causa, zur Erfüllung einer Bedingung, zur Bestellung einer dos, in Erwartung der Schuldübernahme eines Dritten. [7])

Zu den Fällen der letzteren Art gehörte zunächst ohne Zweifel der Fall, wenn eine Obligation acceptoferirt wurde in Anerkennung, dass sie durch eine Gegenschuld erloschen sei; [8]) hier entsprach die Acceptilation völlig einer Zahlung dieser Gegenschuld. Es gehören weiter die Fälle hierher, wo die Acceptilation, sei es freiwillig oder zufolge Klage, geleistet wurde, um eine ope exceptionis unwirksame Forderung zur formellen Aufhebung zu bringen. Einen Fall dieser Art haben wir bereits in dem sine causa promissum (S. 75) kennen gelernt. Ferner wird in diesem Sinne der Acceptilation gedacht zur Beseitigung einer erzwungenen [9]) oder durch Ausübung eines concurrirenden Rechtes erledigten [9a]) Stipulation; sowie zur Erfüllung einer liberatio legata. [10]) In allen diesen Fällen gewann der Schuldner durch die Acceptilation materiell nicht das geringste; denn er war bereits durch eine Exception geschützt, und für das materielle Recht galt der Satz: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. [11]) Der Zweck, weshalb die Acceptilation vorgenommen und sogar zum Gegenstand einer Klage gemacht wurde, konnte daher nur die processualische Sicherheit sein, welche der Schuldner dadurch gewann, dass an die Stelle der Exception ein

4) §. 1 J. cit. Gaj. III. §. 170.

5) §. 1 J. cit. l. 16 pr. h. t.

6) l. 10 §. 13 mand. 17, 1. c. 2 de acceptil. 8, 43.

7) l. 24 de m. c. don. 39, 6. l. 81 §. 5 de leg. I. l. 7 §. 1 de cond. et dem. 35, 1. l. 41 de jure dot. 23, 3. l. 4 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 8 §. 8 ad SC. Vell. 16, 1. l. 43 §. 1 de jure dot. 23, 3.

8) Eine gesetzliche Erwähnung dieses Falles findet sich m. W. nicht; vielleicht deshalb, weil auch schon der formlose Compensationsvertrag ipso jure wirkte (§. 43). Vergl. jedoch l. 81 §. 5 de leg. I.

9) l. 9. §. 7 quod metus c. 4, 2.

9a) l. 10 §. 1 de pact. 2, 14.

10) l. 3. § 3. l. 5 de lib. leg. 34, 3. l. 37 §. 4 de leg. III.

11) l. 112 de R. J. — Deshalb wurde auch, wenn in einem Falle dieser Art die Acceptilation erzwungen war, die actio quod metus causa versagt: „quia nihil tibi abest.“ l. 14 pr. quod. met. c. 4, 2.

ipso jure tilgendes Rechtsgeschäft von unzweifelhafterer, strengerer Wirksamkeit trat. Seinen materiellen Grund aber entnahm dasselbe aus dem bereits bestehenden Exceptionsverhältniss (ex causa praecedente).

Dass auch einer dem Betrage der Schuld entsprechenden Geldleistung die Acceptilation ihre causa entnehmen konnte, steht nach der Natur der Verhältnisse und manchen Andeutungen in den Quellen [12]) nicht zu bezweifeln. Ueber das Verhältniss dieser Zahlung zu der Tilgung der Schuld fehlt es m. W. an ausdrücklichen Bestimmungen; es lässt sich aber im Sinne der classischen Zeit kraft Analogie mit Sicherheit annehmen, dass da, wo die Acceptilation in gleichzeitigem Austausch mit der Geldzahlung oder dieser vorausgehend erfolgte, der Geldzahlung die Bedeutung eines selbständigen Tilgungsmittels benommen, diese vielmehr nur als implendae acceptilationis causa geschehen betrachtet wurde (S. 43). War dagegen schon früher gezahlt, d. h. in der Absicht, die Schuld zu tilgen, Geld gegeben worden, so konnte diesem tilgenden Rechtsact, dessen rein negatives Product weder einer Umwandlung, noch einer Bestärkung fähig war, eine Acceptilatio weder mit novirender, noch mit accessorischer Wirksamkeit hinzutreten; vielmehr musste dieselbe, gerade wie eine zweite causa des Eigenthumserwerbs (S. 37), materiell für nullius momenti erklärt werden. [13]) Aber processualisch, insofern nämlich an sie ein selbständiger Beweis sich knüpfen konnte, liess sich doch ihre Wirksamkeit gewiss nicht zurückweisen. Oder sollte der judex, wenn der Verklagte sich lediglich auf Acceptilation der Schuld berief und diese bewies, gleichwohl denselben verurtheilt haben, weil der Kläger, um die Acceptilation als nullius momenti darzustellen, bewiesen hätte, dass die Schuld schon früher durch Zahlung getilgt gewesen sei? — Lässt sich nun gleich ein derartiger Gebrauch der Acceptilation als formeller Anerkennung einer bereits früher erfolgten vollkommenen Tilgung für die classische Zeit (wo es hauptsächlich galt, die Sicherheit des jus strictum zu gewinnen), nicht mit Sicherheit nachweisen, [14]) so glaube ich doch annehmen zu dürfen, dass jedenfalls in späterer Zeit eine derartige Benutzung derselben Eingang fand, sobald man in der Acceptilation, in Vergleich mit dem ursprünglichen Tilgungsacte, den Gegenstand einer sicheren und leichteren Beweisführung erkannte. In diesem (modern processualischen) Sinne lässt sich sagen: die Acceptilation konnte auch einer bereits vollendeten Zahlung ihre causa entnehmen und derselben gleichsam accessorisch hinzutreten. [15])

12) Vergl. z. B. l. 89 pr. de solut. l. 19 §. 1 de accept.

13) l. 71 §. 2 de solut.

14) Andeutungen enthalten l. 89 pr. de solut., wo die cautio gleichzeitig auf eine accepisse et habere und ein accepto tulisse gerichtet ist; ferner l. 41 §. 11 de leg. III, wo die Acceptilation einer bereits durch Eintritt der Resolutivbedingungen (ipso jure) aufgehobenen Stipulation erwähnt wird; auch l. 25 de liber. leg. 34, 3. — quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, quod comprehensum est, posse.

15) Ganz so wie für den Käufer einer Sache nach Ablauf der Verjährungszeit die Verjährung als weiterer Grund des Eigenthumserwerbs, der l. 159 de R. J. zum Trotz, hinzutritt.

Wo nun die Acceptilation ihrer causa ermangelte, da finden wir, wie bei jeder anderen Vermögensübertragung sine causa, zur Ausgleichung die Condiction eintreten. Die Gesetze erwähnen zwar nur Fälle der condictio ob causam datorum, [16]) mit welcher hier auch unter Umständen die actio praescriptis verbis concurrirt. [17]) Es lässt sich aber nicht bezweifeln, dass, wo ex causa praecedente, also z. B. in Anerkennung einer liberatio legata, acceptoferirt war, die Grundsätze der condictio indebiti zur Anwendung kamen. Denn die Acceptilation war ja hier wirklich dasjenige, was aus dem Testament geleistet werden musste.

Gegenstand der Condiction war entweder Zahlung des Betrags der acceptoferirten Schuld, oder Wiederherstellung dieser Schuld durch Stipulation. [18])

Dagegen konnte die Acceptilation, nicht, wie die Stipulation, durch exceptio (replica) doli angefochten werden. Dies war keine innere Verschiedenheit, sondern lediglich eine äussere, dadurch veranlasst, dass eine solche Replik im römischen Process der Acceptilation gegenüber keinen Platz fand. Denn da die Geltendmachung der ipso jure tilgenden Acceptilation sich im Sinne des Formular-Processes lediglich als ein Leugnen der klägerischen intentio (des dare oportere) darstellte, mithin gar keine Exception veranlasste, so konnte auch von einer Replik (einer exceptio exceptionis) nicht die Rede sein. [19]) Treffend sagt daher l. 24 de m. c. donat: acceptilatione interveniente abitum ab jure pristinae obligationis, eamque in hujus condictionis transfusam.

Selbstverständlich war hiernach auch die besondere Form jener Exception, die exceptio n. n. pec., der Acceptilation gegenüber im Formularprocess ausgeschlossen.

§. 30.

Constitutum.

Es ist bekannt, dass der Prätor kraft seiner rechtsbildenden Thätigkeit Rechtsinstitute zu schaffen pflegte, welche zu denen des Civilrechts in gewisser Parallele standen und diese ergänzten. So finden wir neben der stipulatio debiti ein auf ähnlicher Grundlage beruhendes pactum, welchem der Prätor Klagbarkeit verliehen, das constitutum, neben der acceptilatio das prätorische pactum de non petendo gegeben. Es kommt darauf an, das Verhältniss derselben zu den Instituten des Civilrechts genauer kennen zu lernen.

Der Grundcharakter des röm. Obligationenrechts besteht in der ausschliesslichen Berechtigung der nach Form und Inhalt genau bestimmten Contracte, oder, wie man auch sagen kann, in dem Satze: nuda pactio obligationem non parit. Eine Ausnahme von diesem Satze bildete das-

16) l. 24. l. 35 §. 6 de m. c. donat. 39, 6. l. 4 l. 10 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 8. §. 8 ad SC. Vell. 16, 1.

17) l. 9 de praescr. verb. 19. 5.

18) Ex. anal. l. 9 §. 7. l. 10 quod metus c. 4, 2. (— ut se reponant in obligationem.) l. 10 §. 14 quae in fraud. cred. 42, 8.

19) l. 2 §. 1. l. 22 §. 1 de except. 44, 1.

jenige pactum, mittelst dessen Jemand eine schon bestehende — eigene oder fremde — Verbindlichkeit zu zahlen nochmals versprach. Aus einem solchen (angenommenen) Versprechen gab der Prätor die actio de pecunia constituta. Das nudum pactum erhielt hier also ausnahmsweise dadurch Kraft, dass es zu einer bestehenden Verbindlichkeit in Beziehung stand. Diese ältere Verbindlichkeit war daher nicht etwas, was ausserhalb der neubegründeten Verbindlichkeit gelegen hätte, sondern wesentliche, untrennbare Grundlage und Bedingung der letzteren. Das nudum pactum war nur klagbar als das zweite Schuldversprechen; ein zweites war es aber nur, wenn ein erstes vorhanden war. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt die ganze Behandlung des Constituts in den Quellen.

Das prätorische Edict begann mit den Worten: Qui pecuniam debitam constituit, und führte weiter als Bedingung auf: si appareat, eam pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse. [1]) Demgemäss sagt Ulpian: [2]) Hactenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit. Das Constitut konnte daher auch auf keinen grösseren Betrag und auf keinen Gegenstand von grösserem Werth gerichtet werden, als den in der ursprünglichen Schuld begriffenen. [3])

Hieraus ergiebt sich nun auch der Gegensatz des constitutum debiti proprii [4]) zu der zwischen Gläubiger und Schuldner eingegangenen stipulatio ex praecedente causa. Die Stipulation stand ihrem Grundcharakter nach von dem ursprünglichen Schuldverhältnisse unabhängig da, und unterlag wegen dessen Mangels nur unter gewissen Voraussetzungen einer Anfechtung. Zu dem constitutum aber stand die ursprüngliche Schuld nicht im Verhältniss der causa, [5]) sondern der Bedingung; ihr Mangel machte dasselbe ipso jure ungültig. [6]) Mit anderen Worten: bei der Stipulation begründete die Nichtexistenz der Schuld einer Exception, bei dem Constitut gehörte deren Existenz zum Klaggrund. Dem Kläger lag daher ohne Zweifel auch primitiv der Beweis derselben ob. Hierbei mochte die im Constitut enthaltene Anerkennung der Schuld ein mehr oder weniger starkes Beweismoment für ihn abgeben; niemals aber konnte dieselbe die Bedeutung einer ächten Anerkennung gewinnen, da sie nur durch ein nudum pactum, also durch keine in sich vollendete Vermögensübertragung bethätigt war. Indem das Constitut kein selbständiges Vermögensobject in das Vermögen des Gläubigers übertrug, vermochte

1) l. 1 §. 1. l. 18 §. 1 (vergl. mit l. 16 §. 2) de pec. constit. 13, 5.

2) l. 11 pr. h. t.

3) l. 1 §. 5 u. 8. l. 11 §. 1. l. 12. l. 24 h. t.

4) Das const. debiti alieni dagegen stand den Bürgschafts-Stipulationen ganz nahe, da diese ja auch von der Hauptschuld abhängig waren.

5) Es giebt daher auch keine „causa constituti". Wenn es in l. 1. h. t. heisst: Debitum autem ex quacunque causa potest constitui. i. e. ex quocunque contractu etc., so ist hier nicht von einer causa constituti, sondern von einer causa debiti, d. h. von einem Schuldverhältniss, welches zu constituiren sei, die Rede.

6) Deutlich ergiebt dies l. 31 h. t, wo Jemand sich irrthümlich für einen Schuldner erklärt hatte, und dann die Frage gestellt wurde: an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit, et an doli exceptione uti possit? Scävola antwortet: nec civilem eo nomine actionem competere, sed nec de constituta secundum ea, quae proponerentur. Der Aussteller der scriptura bedurfte also keiner Exception.

dasselbe auch niemals zu noviren; beide Verbindlichkeitsgründe erloschen erst durch Zahlung. [7])

Bei dieser Schwäche des Constituts wird man vielleicht fragen was überhaupt dessen Eingehung veranlassen konnte. Die Interessen bei demselben bestanden darin, dass dadurch die Obligation nach Gegenstand, Ort und Zeit der Leistung näher bestimmt oder verändert, [8]) dass Naturalobligationen Klagbarkeit gegeben, [9]) die Gefahr der Klagenverjährung beseitigt, [10]) auch Forderungen auf wechselnder Grundlage fixirt werden konnten. [11]) Ausserdem wirkte das Constitut sichernd für das Schuldverhältniss durch die sponsio poenalis dimidiae partis, welche der aus dem Constitut Klagende fordern konnte, wodurch das Constitut der Verabredung einer erheblichen Conventionalstrafe gleichkam. [12]) Rechnet man endlich hinzu, dass das Constitut in völlig freien Formen sich bewegte, also auch unter Abwesenden, schriftlich, durch Stellvertreter, Boten etc. abgeschlossen werden konnte, [13]) so erklärt sich hieraus zur Genüge das, freilich nicht allzuhäufige, meistens an briefliche Abschliessung geknüpfte [14]) Vorkommen desselben im römischen Rechte.

Justinian hat das constitutum, seinem hier dargestellten Charakter nach, nicht aufgehoben, sondern beibehalten, aber freilich nicht in bewusster Adoption der Grundsätze des classischen Rechts, sondern aus Gründen, wie sie eben seinem Zeitalter eigenthümlich sind. In c. 2 de constit. pec. (4, 18) unternimmt Justinian die Vortheile der damals schon ausser Uebung gekommenen actio receptitia auf die pec. const. actio zu übertragen. Nachdem er angeordnet, dass diese Klage in Beziehung auf Gegenstand und Zeitdauer unbeschränkt sein soll, sagt er:

— et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata sit, sed et heredibus et contra heredes competat: ut neque receptitiae actionis, neque alio indigeat respublica in hujusmodi casibus adminiculo, sed sit pec. const. actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens: ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro jam debito fiat constitutum; — cum satis absur-

7) l. 18 §. 3 h. t. — Die Verschiedenheit zwischen Stipulation und Constitut findet einen treffenden Ausdruck in l. 3. §. 2 de admin. rer. 50, 8: In eum, qui administrationis tempore creditoribus reipublicae novatione facta pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diversa causa est ejus, qui solvi constituit; similis etenim videtur ei qui publice vendidit aut locavit. Diese Aehnlichkeit zwischen dem Constitut und den materiellen Contracten besteht eben in der Abhängigkeit des in beiden enthaltenen obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde. — Auf der inneren Verschiedenheit zwischen Constitut und Stipulation beruht wohl auch die Entscheidung in l. 1 §. 4 h. t.

8) l. 1 §. 5. l. 4 l. 5 l. 3 §. 2 h. t. Vor Allem scheint es in dem ursprünglichen Charakter des Constituts gelegen zu haben, dass dadurch die Zahlung einer bestehenden Schuld auf einen bestimmten Zeitpunkt fixirt wurde. (Et adjicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta.)

9) l. 1 §. 7 h. t.

10) l. 18 §. 1 h. t.

11) l. 19 §. 2. l. 20 h. t.

12) Gaj. IV. §. 171. — Puchta Inst. II. §. 157 u. 168. Im Justin. Recht ist die sponsio verschwunden.

13) l. 14 §. 3. l. 15. l. 5 §. 6—9 h. t.

14) l. 24, 26, 31 h. t.

dum et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium sit, permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi, et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas, et promissiones corrumpi et restitui definiunt. Ut non erubescat igitur tale legum jurgium, hoc tantummodo constituatur, quod debitum est: et omnia, quae receptitia in diversis libris legumlatorum posita sunt, aboleantur, et sit pec. const. actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari.

Justinian bestätigt hier den alten Satz, dass nur ein wirkliches debitum constituirt werden könne, nicht aber als eine nothwendige Consequenz des Princips von der Klaglosigkeit der nuda pacta — denn dieses Princip hatte im Sinne seiner Zeit längst den Werth verloren — sondern weil ihm die Anschauung, dass die Formalcontracte, wenn ihnen ein indebitum zu Grunde liege, zwar ipso jure gültig, aber mittelst Condictionen anfechtbar seien, nur als eine leidige Formalität, ein widerwärtiges legum jurgium erschien. [15]) Dabei hatte er freilich nur die äussere Erscheinung der Sache vor Augen. Die innere Bedeutung jener Lehre war ihm entschwunden. Gegenbeweis und Anfechtung, constitutum und Stipulation flossen vor seinen getrübten Blicken in einander. Hätte er dieser Anschauung consequent Folge gegeben, so würde er die ganze Stipulationslehre hinweggestrichen und das Constitut an deren Stelle gesetzt haben. Glücklicher Weise hat er das nicht gethan, und dadurch, wenn auch unbewusst, die befruchtenden Elemente des classischen Rechts auf unsere Zeiten übertragen.

§. 31.

Pactum de non petendo.

Wenden wir uns zu dem pactum de non petendo, so finden wir bei diesem eine weit nähere Verwandtschaft zu dem analogen Institut des Civilrechts, der Acceptilation, als wir zwischen der Stipulation und dem constitutum wahrnehmen. Der Grund hierfür liegt in Folgendem. Während der Grundsatz: nudum pactum non parit obligationem, nicht gestattete, dass das constitutum zu einem abstracten Forderungsgrund sich erhebe, galt da, wo es sich um Beseitigung einer Forderung handelte, ein freieres Recht, indem der Prätor jede auf diesen Zweck gerichtete, wenn auch formlose, Willenseinigung durch Exception schützte. Der auf diesem Gebiete herrschende freie Wille musste hiernach auch die Kraft haben, nicht allein in Verbindung mit seinem Rechtsgrund, sondern auch unter Abstraction von diesem wirksam zu werden. Einen Fall der ersteren Art gewährte der contrarius consensus, durch welchen ein zweiseitiger Vertrag (Kauf) aufgelöst wurde, wo dann die beiderseitigen Freigebungsacte synallagmatisch zusammenhingen. [1]) Die formlose, auf Freigebung von einem Anspruch gerichtete, Willenseinigung, zu einem Abstractum erhoben,

15) Vergl. Jhering G. d. r. R. III. S. S. 119, 205. („Jeder Jurist aus der alten Zeit würde dem Tadler die Augen haben öffnen können".)

1) Vergl. l. 1. l. 5 §. 1 u. 2 l. 7 §. 1 de resc. vend. 18, 5. l. 58 de pact. 2, 14.

bildete das pactum de non petendo. Dieses war daher von der Acceptilation nicht innerlich verschieden, vielmehr nur die schwächere Form eines gleichgearteten Rechtsactes. Deshalb wird das pactum de non petendo nicht selten mit Stipulation und Acceptilation in Parallele gestellt. [2]) Deshalb wird die Befugniss des Pupillen zu solchem ganz gleich mit dessen Befugniss zur Acceptilation beurtheilt. [3]) Deshalb konnte ausnahmsweise die Acceptilation durch ein pactum de non petendo vertreten werden, [4]) und galt erstere, wo sie formell ungültig war, subsidiär als letzteres. [5]) Deshalb endlich finden wir das pactum de non petendo mit einer „causa" in Beziehung gesetzt, welche erst seinen eigentlichen materiellen Gehalt bestimmt.

Beispiele für dieses Causalverhältniss bilden: ein pactum donationis causa, mortis causa, ex causa legati, in Erwartung einer Gegenleistung. [6])

Wenn nun aber die causa objectiv mangelte, so vermochte das pactum nicht den Verlust der Forderung herbeizuführen.

l. 51 pr. h. t.: Si, quum te ex causa legati debere pacisci debitori tuo existimas, pactus sis, ne ab eo peteres, neque jure ipso liberatur debitor, neque petentem summovebit exceptio conventionis.

l. 67 §. 3 de cond. ind.: Idem quaesiit, an pactum, quod in pariationibus adscribi solet in hunc modum, ex hoc contractu nullam inter se controversiam amplius esse, impediat repetitionem? Respondit, nihil proponi, cur impediret.

Fragen wir nach dem Processmechanismus, durch welchen die Unwirksamkeit des pactum realisirt wurde, so konnte von einer Condiction nicht die Rede sein; denn durch das pactum war nichts in das Vermögen des debitor übertragen; die alte Obligation bestand ja (ipso jure) noch fort. [7]) Eben so wenig aber liess sich das pactum wegen Mangels der causa als ipso jure ungültig betrachten; es würde dies den bisher kennen gelernten Grundsätzen über die Wirkung mangelnder causa völlig widersprechen. Die Anfechtung konnte hiernach nur mittelst exceptio doli vor sich gehen, welche, da sie hier einer Exception gegenübertrat, zur Replik wurde. Wir würden dies schon nach allgemeinen Grundsätzen und in Anwendung analoger Fälle [8]) anzunehmen haben. Ausdrücklich ausgesprochen ist es aber in l. 35 h. t. Mehrere Erben hatten auf gepflogene Erbschaftstheilung ihrem Miterben Titius eine Erklärung ausgestellt, „dass nichts mehr zu theilen übrig sei". Nachher entdeckten sie,

2) l. 59 h. t. l. 23 pr. de usufr. 7, 1. l. 1 §. 2 quae in fraud. cred. 42, 8. l. 11 §. 2 u. 3 de rec. qui arb. 4, 8. l. 63 de solut.

3) l. 28 h. t.

4) l. 3 §. 3. l. 5 de lib. leg. 34, 3.

5) l. 27 §. 9 h. t. l. 19 de accept. 46, 4. Vergl. auch l. 41 h. t. l. 8 pr. de accept.

6) l. 1 de transact. 2, 15. l. 15 pr. ad leg. Falc. 35, 2. l. 51 pr. l. 28 §. 2 h. t. — Die Frage, in welcher Bedeutung einer bereits geschehenen Tilgung der Schuld ein pact. d. n. pet. habe hinzutreten können, ist hier gerade so zu beurtheilen, wie oben bei der Acceptilation (S. 87).

7) Aus diesem Mangel der Condiction ist auch die Entscheidung in l. 51 §. 1 h. t. zu erklären.

8) l. 7 §. 11. l. 27 §. 2 h. t. l. 15 pr. ad leg. Falc. 35, 2.

dass Titius Erbschaftsgelder, die nicht zur Vertheilung gekommen, an sich genommen habe.

„Modestinus respondit, si agentibus ob portionem ejus, quod surreptum a Titio dicitur, generalis pacti conventi exceptio his, qui fraudem a Titio commissam ignorantes transegerunt, objiciatur, de dolo utiliter replicare posse.“ (Vergl. auch c. 7 de except. 8, 36.)

Es ist nicht zu bezweifeln, dass für die Begründung dieser replica doli, sowie in Betreff der Beweisführung bei derselben ganz dieselben Regeln in Anwendung kamen, welche für die Anfechtung der Stipulation galten; dass insbesondere die Anfechtung eines pactum ex causa praecedente Nachweisung des Irrthums erforderte, worauf auch die eben angeführte l. 35 h. t. hinweist.

Der praktische Gebrauch des pactum de non petendo im Gegensatz zur Acceptilation wurde vornehmlich dadurch motivirt, dass ersteres die Möglichkeit gewährte, eine Schuld auch bedingungs- oder zeitweise zu beseitigen, sowie neben persönlicher Befreiung eines Schuldners den objectiven Bestand der Obligation zu erhalten, [9]) während die Acceptilation sofort und unbedingt die ganze Obligation vernichtete. [10]) Zugleich empfahl sich das pactum de non pet. durch die leichteren Formen, in denen es, gleich dem constitutum, sich bewegte.

Was diese Formen betrifft, so sei hier noch besonders darauf hingewiesen, wie es durchaus nicht eines ausdrücklichen Versprechens bedarf, um ein pactum de non petendo abzuschliessen; dass vielmehr der dazu erforderliche Willen auch lediglich in der Form einer Erklärung über den Nichtbestand der Schuld zu finden ist, wenn nur diese Erklärung in einer Weise erfolgt, dass dadurch die Absicht, dieselbe gegen sich gelten lassen zu wollen, an den Tag tritt. Die in der Erbtheilungsurkunde abgegebene Erklärung: nihil sibi commune remansisse, [11]) desgleichen die Erklärung: profiteor te non teneri, [12]) gelten daher ebenso als pactum de non petendo, wie die Erklärung: Decem, quae Titius ex arca tua mutuo acceperat, habes penes me, Domine, [13]) ein constitutum begründet. Auch gehört hierher das stillschweigende pactum de non pet., welches in der Rückgabe des Schuldscheins, gleichsam einem thatsächlichen „Profiteor te non teneri“, gefunden wird. [14]) Allen diesen Fällen liegt nicht eine Fiction, sondern die Erkenntniss eines wirklich vorhandenen Willens zu Grunde. Die ausgedrückte Ansicht gestaltet sich durch die Umstände unter welchen sie erklärt wird, zur Absicht, zum wirklichen Willensacte um.

9) l. 7 §. 8. l. 21 §. 5. l. 22—27. l. 32 h. t.
10) l. 4 u. 5 de acceptil. 46, 4. l. 77 de R. J.
11) l. 35 h. t.
12) l. 40 pr. h. t. Tale pactum: Profiteor te non teneri, non in personam dirigitur, sed, cum generale sit, locum inter heredes quoque litigantis habebit.
13) l. 26 de pec. const.
14) l. 2 §. 1 h. t.

§. 31 a.

(Zusatz der zweiten Auflage.)

Confessio in jure.

Confessio in jure war das im ersten, vor dem Prätor verhandelten, Stadium des Processes — wo die streitigen Rechtsverhältnisse in der Regel nur im Allgemeinen ohne Erörterung ihrer thatsächlichen Begründung angemeldet wurden — abgegebene Zugeständniss des vom Gegner in Anspruch genommenen Rechts. Durch dieses Zugeständniss galt das in Frage stehende Rechtsverhältniss in gleicher Weise festgestellt, wie durch das Judicat. Die confessio in jure war daher nicht ein „Beweismittel" für das Recht, sondern ein formales Surrogat für dessen Begründung. Der Charakter derselben hebt sich noch deutlicher hervor durch den Gegensatz der confessio in judicio d. h. des vor dem judex abgelegten Geständnisses über die einzelnen processualischen Thatsachen, welches nur als Beweismittel galt, indem es durch einfachen Beweis des Gegentheils entkräftet werden konnte. [1])

Aber auch die confessio in jure hatte keine absolut bindende Verpflichtungskraft. „Beruht das Geständniss auf Irrthum, so kann der Geständige von den Folgen desselben Befreiung erlangen. [2]) Die Befreiung wird ertheilt durch Restitution; aber nur unter folgenden Bedingungen. Der Irrthum muss ein factischer sein, kein Rechtsirrthum. Er darf nicht auf grober Nachlässigkeit beruhen. Er muss als Irrthum bewiesen werden, so dass der blose Beweis des Gegentheils der eingestandenen Thatsachen nicht hinreicht. Dieser wichtige in unseren Quellen ausdrücklich anerkannte Satz ist die nothwendige Folge davon, dass dem Geständniss ja auch ganz andere Absichten, als die Anerkennung der Wahrheit zu Grunde liegen können, unter andern die Absicht zu schenken. Ferner können nur durch diesen Beweis die oben aufgestellten Bedingungen festgestellt werden, dass nämlich der Irrthum blos factisch sein und nicht auf grober Nachlässigkeit beruhen muss." „Dabei ist noch besonders aufmerksam zu machen auf die innere Verwandtschaft des Widerrufs eines irrigen Geständnisses mit der cond. indebiti." „Diese Verwandtschaft zeigt sich auch darin, dass in den Fällen, ubi lis inficiando crescit in duplum, sowohl Widerruf des Geständnisses als cond. indeb. ausgeschlossen ist."

Wer möchte hiernach verkennen, dass die confessio in jure, wo sie auf Bestand einer Schuld gerichtet ist, mit der stipulatio debiti in allernächster Verwandtschaft steht? Beide üben ganz die nämliche formale Verpflichtungskraft; beide sind nach denselben Grundsätzen anfechtbar, wobei der Unterschied des Anfechtungsmittels, dort Restitution, hier Condiction und Exception, nur ein ganz äusserlicher in der Processform ist.

Von Interesse aber ist es, dass wir hier — so wie wir schon Aehnlichem innerhalb der freieren Form des pactum de non petendo begegneten — einen formalen Verpflichtungsact gewahren, für den schon die

1) Vergl. Puchta Inst. §. 174. Wetzel Civ. Process. (2. Aufl.) §. 19.

2) Dies und das Weitere entnehme ich wörtlich aus Savigny VII. S. 31. flg. Vergl. auch Wetzell a. a. O. §. 14.

Form einer geäusserten Ansicht über das jenseitige Recht genügt, um die Absicht, dieses Recht gelten zu lassen, zum formalen Ausdruck zu bringen. Die (auf ein certum gerichtete) Erklärung vor dem Prätor: confiteor me debere, oder confiteor me dare oportere bewirkte das Nämliche, was im unmittelbaren Verkehr der Betheiligten nur durch das förmliche Versprechen: Spondesne dare? Spondeo, erzielt werden konnte. Die verba solennia wurden durch die solennitas loci ersetzt. So sehen wir denn in der confessio in jure dasjenige Element, welches auch in der stipulatio debiti lebte und dieser ihre eigenthümliche Kraft gab, die Anerkennung einer bestehenden Schuld, bereits frei geworden und in die äussere Erscheinung getreten, während es bei der stip. debiti hinter der Form des Versprechens sich versteckte.

Anknüpfend an diese Erscheinung behandelte, wie wir später noch näher sehen werden, die Jurisprudenz des Mittelalters die ihr keineswegs fremde Anerkennungslehre fast durchweg unter dem Schlagworte „Confessio“.

Bei uns war die Anschauung von der Wirksamkeit eines processualischen Zugeständnisses des Rechtes im Sinne der conf. in jure vielfach verloren gegangen, und ist erst durch das Verdienst neuerer Schriftsteller wieder zur Geltung gekommen. Weil der heutige Process von vornherein mit Darlegung der das beanspruchte Recht begründenden Thatsachen zu beginnen pflegt, so sah man nur diese Thatsachen als dasjenige an, was die Parteien sich zuzugestehen berufen seien, die Schlussziehung aus diesen Thatsachen auf den Bestand des Rechtes aber hielt man ausschliesslich für Sache des Richters. Es ist dies gewiss nicht zu billigen. Auch noch heutzutage können die Parteien nicht allein einzelne Thatsachen, sondern auch ein Rechtsverhältniss als Ganzes zum Gegenstand ihres Eingeständnisses machen. Und wo dies geschieht, hat der Richter das zugestandene Rechtsverhältniss ohne Rücksicht auf dessen thatsächliche Begründung, seinem Urtheil zu Grunde zu legen. [3]) Nur da wird er dies abzulehnen haben, wo ein gesetzlich reprobirtes Verhältniss im Wege des Zugeständnisses zur Wirksamkeit gelangen soll, da hierzu der Richter niemals die Hand bieten darf.

Uebrigens konnte nicht allein der Bestand, sondern auch der Nichtbestand eines obligatorischen Anspruchs durch conf. in jure zum Gegenstand formaler Feststellung gemacht werden. Wir besitzen darüber eine merkwürdige Stelle in l. 29 de donat. (39, 5), wo in unmittelbarem Anschluss an den Satz: Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur, gesagt wird: die auf interrogatio in jure gegebene Erklärung, dass der Gegner nichts schulde, genüge, um jede Klage auszuschliessen; — licet enim non transactionis, sed donationis haec verba esse quis accipiat, attamen eum, qui in jure confessus est, suam confessionem infirmare non posse. (Papinianus.)

3) Danach würde es m. E. auch richtiger sein, bei contumacia des Verklagten auf die Klage als Gegenstand des fingirten Zugeständnisses nicht die blosen Klagthatsachen, sondern den Klaganspruch gelten zu lassen; womit auch der alte Satz: contumax non appellat, wieder zu seinem Rechte gelangte.

§. 32.

Vergleich.

Unter Vergleich versteht man den Vertrag, durch welchen sich die Contrahenten über streitige Rechtsansprüche mittelst gegenseitigen Nachgebens einigen. Der Vergleich hat mit den vorbetrachteten Rechtsgeschäften das gemein, dass er keinen selbständigen Rechtsstoff hat, sondern seinen Stoff einem bereits bestehenden Rechtsverhältnisse entlehnt; man kann ihm insofern eine gewisse formelle Natur beimessen. Das Eigenthümliche desselben aber besteht darin, dass in ihm zwei correspondirende Verpflichtungsacte, in der Regel eine Schuld- und eine Nachlasseinigung, sich verbinden.

Wenn A. den B. auf 100 verklagt und beide sich dann auf 60 vergleichen, so heisst das: B. verspricht 60 zu geben, damit A. von weiterer Einklagung der 100 absteht, [1]) und A. entsagt dem Anspruch auf 100, um 60 ohne Widerstreit zu erhalten. Nach röm. Recht konnte der Vergleich, soweit er sich nicht auf einen Nachlass beschränkte, durch nuda conventio zu keiner Wirksamkeit gelangen; vielmehr war nur die Erfüllung durch reelle Leistung oder durch Eingehung einer Formalobligation bindend. [2])

Die auf eine oder die andere Weise begründete Verpflichtung aus dem Vergleiche lässt sich nun auf einen doppelten Rechtsgrund zurückführen. Zunächst auf das ursprüngliche Rechtsverhältniss. Indem A. und B. über eine Forderung von 100 sich auf 60 vergleichen, erkennt B. für den Betrag von 60 den Bestand dieser Forderung, A. dagegen deren Nichtbestand im Uebrigen an. Die Rückbeziehung auf dieses Verhältniss ist aber keine solche, welche auf einem als gewiss vorausgesetzten Bestande desselben beruhte. Vielmehr wird das Verhältniss als ein nach beiden Seiten hin noch ungewisses unterstellt, gleichwohl selbst für den Fall formell festgestellt, dass es sich materiell anders ausweisen sollte. Was aber in dieser Hinsicht dem ursprünglichen Rechtsverhältniss als Bestimmungsgrund abgeht, wird durch die Gegenseitigkeit der beiderseitigen Zugeständnisse ersetzt. Indem B. 60. zahlt oder verspricht, ungeachtet er diese nicht schuldig zu sein behauptet, findet er einen Ersatz hierfür darin, dass A. auf einen höheren Betrag, den er fordern zu können behauptet, verzichtet; und ebenso umgekehrt. Diese Gegenseitigkeit hat eine doppelte Wirkung; zunächst die, dass römisch-rechtlich der Vergleich nicht allein im Wege des Formal-, sondern auch des Innominatcontractes zur Realität kommen konnte; sodann aber, dass, insoweit das ursprüngliche Rechtsverhältniss als causa nicht zureicht, dieser Mangel durch die Gegenseitigkeit als zweiten Rechtsgrund gedeckt wird.

Nun ist es möglich, dass dieser zweite Rechtsgrund das Verhältniss in seinem ganzen Umfange deckt, indem dasselbe in allen Beziehungen als ein ungewisses betrachtet wurde. Dann kann von einer Anfechtung

1) „Ut a lite discedatur" l. 65 §. 1 de cond. ind.

2) Sehr befriedigend handelt hierüber Erxleben II. S. 314 flg.

des Vergleichs vom Standpunkte des ursprünglichen Rechtsverhältnisses aus überall nicht die Rede sein. Es ist aber auch möglich, dass die Contrahenten bei Abschluss des Vergleichs gewisse Grundlagen als unbestreitbar voraussetzten. In dem obigen Beispiele konnten A. und B. darüber einig sein, dass B. jedenfalls 20 schuldig sei, A. keinenfalls mehr als 100 zu fordern habe; in dem Vergleich auf 60 giebt dann Jeder das ihm bestrittene Recht nur im Betrage von 40 auf. Die Contrahenten können ferner übereinstimmend von gewissen Grundlagen als unbestreitbaren ausgehen, z. B. von dem Rechtsbestand eines Testaments, über dessen Inhalt gestritten wird. In allen diesen Fällen hat jeder Theil nur für das Mass des als ungewiss Unterstellten in dem gegenseitigen Nachgeben einen Bestimmungsgrund gefunden. Wenn sich nun ergiebt, dass auch das als gewiss Unterstellte in Wirklichkeit anders sei, so hat derjenige Contrahent, welcher von dieser Annahme zu seinen Ungunsten ausging, in dem Nachgeben des andern kein genugsames Surrogat für seine Leistung erhalten. Das vergleichsweise Geleistete oder Versprochene beruht hier also zu einem wesentlichen Theile allein auf dem Bestande des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, und muss wegen Mangels desselben der Anfechtung unterliegen. Die Grundlage für diese Anfechtung kann aber keine andere sein, als die der condictio indebiti.

Und in der That finden wir diese Grundsätze in den Quellen angewendet. Während im Allgemeinen der Vergleich vom Standpunkte des ursprünglichen Rechtsverhältnisses aus nicht weiter anzufechten steht und insoweit dem rechtskräftigen Urtheile verglichen wird, [3]) findet ausnahmsweise wegen dolus oder Irrthums in Betreff solcher Punkte, welche dabei als gewiss vorausgesetzt wurden, eine Anfechtung statt, [4]) die nämliche, welche auch wider die Zahlung oder Promission eines indebitum gegeben ist.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Capitel V.

Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde.

§. 33.

Absterben der Stipulationsform. — Einfluss des Fremdenverkehrs; des Urkundenbeweises.

Wir nehmen nun den mit dem Capitel III. abgebrochenen Faden der Erörterung wieder auf. Bisher hatten wir die Stipulation und ihr Verhältniss zur causa von dem Standpunkte classischer Jurisprudenz aus kennen gelernt. Es kommt darauf an, nunmehr den Entwickelungsgang

3) c. 13, 23 29 de transact. 2, 4.

4) l. 65 §. 1 de cond. ind. l. 3 §. 1. l. 9. l. 12 de transact. 2, 15. c. 3, 19, 42 eod. 2, 4.

darzustellen, welchen die Stipulation und die ihr correspondirende Acceptilation von jener Zeit an genommen haben. Diese Darstellung wird zugleich ergeben, wie bei den Römern das Bedürfniss processualischer Sicherung in der ersten oben (S. 3) erwähnten Richtung, welche die Beschaffung von Beweismitteln betraf, zur Befriedigung gelangte.

So wie die Principien der aequitas die Stipulation und Acceptilation in ihrer materiellen Bedeutung erheblich abschwächten, so unterlag auch die Form dieser Rechtsgeschäfte einem allmählichen Auflösungsprocesse, welcher bereits in der classischen Periode begonnen, bis zu Justinian aber nahezu sich vollendet hatte. Als Gründe hierfür sind zu bezeichnen:

der für Rom zunehmende Weltverkehr;

die Rückwirkung der Grundsätze, welche für den Beweis der Stipulation durch Urkunden geltend wurden;

die Beseitigung des Formularprocesses, wodurch sich der Gegensatz des ispo jure und ope exceptionis Wirkenden entfärbte.

Als Resultat jener Entwickelung ergiebt sich schliesslich ein beinahe vollendeter Uebergang der Stipulation in die Schuldurkunde, der Acceptilation in die Quittung, welche gleichsam als Rückstand des Verpflichtigungsprocesses, dem Stipulation und Acceptilation unterlagen, an deren Stelle traten.

Den Einfluss, welchen der vermehrte Verkehr mit Fremden (namentlich Völkern griechischer Zunge) auf Stipulation und Acceptilation übte, haben wir schon gelegentlich berührt. Als eine Concession nach dieser Richtung hin ist es anzusehen, wenn jene Rechtsgeschäfte (mit einziger Ausnahme der altrömischen Formel: dare spondes? spondeo) auch in dem Munde von Peregrinen, und zwar selbst in fremder Sprache, zugelassen wurden. [1]) Auch in andern Beziehungen ist schon gegen Ende der classichen Zeit eine Abnahme der Formstrenge bemerkbar. Es sollte nicht schaden, wenn der Gegenstand der Stipulation in Frage und Antwort verschieden bezeichnet wurde. [2]) Selbst eine minder congruente Bejahung that der Stipulation keinen Eintrag. [3]) Endlich charakterisirt sich die Abschwächung der Form in dem bereits oben (§. 17) geschilderten Einflusse, welchen das zu Grunde liegende Rechtsverhältniss auf die Auslegung der Stipulation, selbst über deren Wortlaut hinaus, zu üben pflegt. Diese Lehre erscheint sogar mittelst einer Fiction zu einem förmlichen Princip erhoben in dem Satze: pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur; eine Regel, die nicht ohne Widerspruch erst zu Paulus Zeiten durchdrang. [4])

1) l. 1 §. 6 de V. O. (wo Ulpian noch mit Beziehung auf Sabinus den Zweifel erwähnt, ob diese Gestattung über die griechische Sprache hinausreiche). l. 8 §. 4 de accept. 46, 4.

2) l. 65 §. 1. l. 136 pr. de V. O.

3) l. 1 §. 2 de V. O. Si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur.

4) l. 40 de R. C. l. 134 §. 1 u. 3 de V. O. Savigny VI. S. 127. Man kann jedoch zweifeln, ob jener Satz nicht erst das Resultat einer auf Stipulationsurkunden bezüglichen Beweisregel ist.

Von dem entschiedensten Einflusse waren sodann die processualischen Grundsätze, welche in Betreff des Beweises der Stipulation nach und nach angenommen wurden.

Im älteren römischen Recht fand der Beweis der Rechtsgeschäfte seine Garantie schon durch die für deren Abschliessung erforderliche Form. Ein Act, der vor der Obrigkeit oder in Gegenwart einer Anzahl von Solennitätszeugen vorgenommen war, mochte nicht leicht bestritten werden, und wenn dies doch geschah, so stellte die Oeffentlichkeit das begründete Recht gegen jede Bestreitung sicher. Aber an die Stelle der in jure cessio, der mancipatio und des nexum traten im Laufe der Zeit minder förmliche Geschäfte, die Tradition und Stipulation. Auch zu diesen konnten wohl Zeugen zugezogen werden. Bei zunehmendem Verkehr musste sich aber bald diese Art, den Beweis zu sichern, als ebenso unbequem, wie unsicher ausweisen. Sobald daher die Schreibkunst allgemeiner wurde, bildete sich naturgemäss und zugleich befördert durch griechische Sitte die Gewohnheit, Rechtsgeschäfte urkundlich aufzuzeichnen. Diese Gewohnheit hatte bereits im Laufe der classischen Zeit das ganze Rechtsleben durchdrungen. Fast in allen Beziehungen wird der Urkunden als des natürlichsten und häufigsten Beweismittels gedacht.

Ausser den allgemeinen Namen: instrumentum, documentum, tabulae, scriptura, kommen für die Schuldurkunden vorzugsweise folgende Bezeichnungen vor: [5])

Cautio, eine häufige Bezeichnung für Urkunden jeder Art, vorzugsweise aber in classischer Zeit für Stipulationsurkunden, wie dies in vielen Stellen der Zusammenhang ergiebt. [6])

Chirographum, ursprünglich eine jede Handschrift, später vorzugsweise diejenige Schrift, welche der Schuldner über das Schuldverhältniss dem Gläubiger ausstellte.

Epistola, literae, wobei man zunächst an diejenigen Schriften denken wird, welche zwischen Abwesenden ausgetauscht werden, um den Wechselverkehr mündlicher Rede zu ersetzen; in der That aber umfasst jene Bezeichnung auch Schuldurkunden, welche unter Gegenwärtigen ausgetauscht wurden, indem es überhaupt üblich war, Schuldurkunden in Briefform abzufassen. [7])

Durch die gründliche Untersuchung Gneist's kann man als dargethan erachten, dass alle diese Bezeichnungen keine technisch begrenzten Begriffe enthalten, und dass überhaupt in den römischen Urkunden eine positive Form nicht erkennbar ist.

5) Ausführlich handelt hierüber Gneist. S. 329 flg. u. S. 233—43, wo sich auch die zahlreichen Belegstellen für das hier Angeführte vorfinden. (Vergl. auch Donell. Comm. Lib. XXV ad tit. de fide inst. c. 1.)

6) Vergl. z. B. l. 121 pr. de V. O. l. 40 de R. C. l. 40 de minor. 4, 4. c. 4 de cond. ob caus. dat. 4, 6. c. 6 de comp. 4 31 vergl. mit c. 1 rer. am. 5, 21.

7) Ueber die epistolae inter praesentes emissae vergl. Liebe S. 21. Auch die aus dem röm. Briefstyl bekannte Sitte, im Gebrauche der tempora das Geschriebene auf den Standpunkt des Lesers zu berechnen, finden wir in den Schuldurkunden wieder. So z. B. l. 40 de R. C. Lucius Titius scripsi, me accepisse etc. l. 41 §. 2 de usur. Ille scripsi me accepisse et accepi etc.

Für das Zeitalter Justinians endlich muss auch noch dem Ausdrucke „contractus“ die Bedeutung von Vertrags-, namentlich Stipulationsurkunden vindicirt werden. [8])

§. 34.

Natur des Urkundenbeweweises überhaupt und insbesondere im römischen Recht.

Um die Stellung der Urkunden im römischen Obligationenrecht richtig zu würdigen, müssen wir auf die Natur des Urkundenbeweises im Allgemeinen näher eingehen. Dersellbe beruht in seiner ersten Grundlage auf einem Beweise durch Augenschein, den Augenschein nämlich, welcher die Schrift der Urkunde erkennen lässt. Diese Beweisführung ist für den Besitzer der Urkunde stets reproducirbar; und hierin gerade liegt der hohe Werth der Urkunde. Die durch den Augenschein erkannte Schrift pflegt nun entweder an sich, oder durch ein ihr beigefügtes besonderes Zeichen [1]) als von einer bestimmten Person herrührend erkennbar zu sein. So führt die Urkunde dahin, dass sie bestimmte Worte oder Zeichen als das Geistesproduct einer bestimmten Person bleibend feststellt; und insoweit ist dieselbe jederzeit Beweismittel im eigentlichen Sinne des Wortes. Aber nicht die äussere Erscheinung der Worte, sondern ihr Sinn, ihr Inhalt ist es, was die eigentliche Bedeutung der Urkunde bestimmt. [2]) Fragen wir nun, wie dieser Inhalt gegen den Aussteller der Urkunde wirkt, so geht von hierab die Natur der Urkunden in zwei Richtungen auseinander.

Es kann der Inhalt Ausdruck des juristischen Willens sein. Dann hört in dieser Beziehung die Urkunde auf, Beweismittel zu sein; sie ist es eben so wenig als z. B. die zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts gesprochenen Worte ein Beweismittel dieses Rechtsgeschäfts sind; sie bildet vielmehr die äussere Erscheinung, gleichsam den Körper des betreffenden Willensacts. Der Inhalt der Urkunde ist juristische Thatsache, welcher Rechte begründet, nicht blos beweist.

Es kann aber auch der Inhalt der Urkunde von der Bedeutung eines Ausdrucks des juristischen Willens ausgeschlossen sein. Dann vermag dieser Inhalt nur als Ausdruck des Erkenntnissvermögens des Ausstellers, als Zeugniss, eine rechtliche Bedeutung zu gewinnen, indem daraus auf die wirkliche Existenz des darin als geschehen Bezeugten mit grösserer oder geringerer Sicherheit geschlossen, und demgemäss auch die richter-

8) Gneist (S. 341) bestreitet dies mit Unrecht. Nicht allein die Eingangsworte der c. 14 de non num. pec., sondern auch noch andere Stellen (c. 14 de contr. stip. c. 7 §. 4 de praesc. trig.) geben hierfür Belege ab.

1) Bei den Römern bestand dieses Zeichen in früheren Zeiten in der Besiegelung, später, wie bei uns heutzutage, in der Unterzeichnung mit dem Namen (Gneist S. 342 flg.).

2) l. 38 de O. et A. 44, 7: Non figura literarum, sed oratione, quam exprimunt literae, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. (Der Schlusssatz dieses Fragments ist wahrscheinlich interpolirt. Vergl. §. 37 Note 3a.)

liche Ueberzeugung begründet werden kann. In diesem Falle erscheint die Urkunde auch ihrem Inhalte nach nur als Beweismittel.

Dieser Gegensatz mag sofort durch Beispiele seine Erläuterung finden. Wenn ich mit einem Andern einen Kauf verabrede, und wir kommen überein, die vollendete Abschliessung des Vertrags soll in schriftlicher Form stattfinden, so wird Niemand bezweifeln, dass der Inhalt des darüber aufgenommenen Instruments nicht das Beweismittel eines ausser ihm liegenden Vertrags, sondern der Vertrag selbst ist.

Aber auch wenn wir den Kaufvertrag bereits mündlich vollständig abgeschlossen hätten, und wir kämen nun überein, den Vertrag zur Sicherung des Beweises niederzuschreiben und die Urkunde beiderseits zu unterzeichnen, so würde diese Beurkundung eine wiederholte Abschliessung des Vertrages enthalten, und insofern auch hier der Inhalt der Urkunde kein Beweismittel, sondern eine zweite Form sein, in welcher der nämliche Vertrag selbst ins Leben träte. [3])

Dabei würde es auch ganz einerlei sein, ob wir die Urkunde in die Form einer sich wiederholenden Disposition, oder in die Form eines Zeugnisses über eine geschehene Disposition einkleideten; ob wir also sagten:

„Wir, die Unterzeichneten, schliessen folgenden Kaufvertrag ab etc.“

oder ob wir sagten:

„Wir erklären, folgenden Kaufvertrag abgeschlossen zu haben etc.“

Denn auch die letztere Form schliesst den Willen, den bezeugten Kaufvertrag als beiderseits gewollt durch die Schrift zu reproduciren, in sich.

Denken wir uns endlich folgenden Fall: der Käufer stellt dem Verkäufer einen Schein dahin aus:

„Ich bescheinige, für mir verkauften und überlieferten Weizen dem A. 100 Thlr. schuldig verblieben zu sein.“

Diese Urkunde enthält offenbar nicht den Kaufvertrag selbst; denn dieser lässt sich aus ihr nicht einmal vollständig erkennen. Es scheint hiernach auf den ersten Blick, als ob ihr Inhalt nur als Zeugniss, als Beweismittel dafür, dass ein Kauf über Weizen abgeschlossen sei und der verabredete Kaufpreis noch im Betrage von 100 Thlr. geschuldet

3) Man hat sich mitunter in diesen Gedanken nicht zu finden gewusst, weil man zu sehr von der begrifflichen Einheit des gewollten Kaufvertrags ausging und deshalb kurzweg annahm, die Beurkundung eines bereits mündlich abgeschlossenen Kaufvertrags könne immer nur „ein Beweismittel“ für diesen Vertrag sein. Allerdings wollen die Contrahenten, die also verfahren, der materiellen Wirkung nach nur einen Kaufvertrag. Dies hindert aber nicht, dass sie diesem Rechtsgeschäft eine zweite Form geben, mittest deren es in die thatsächliche Erscheinung tritt; eine Form, welche mit der zuerst gewählten processualisch concurrirt, vor dieser aber den Vorzug der vollen Sicherheit des Beweises hat. Auch materiell kann die in der Beurkundung liegende Reproduction des Vertragswillens von Bedeutung werden; wie z. B. sehr kenntlich einleuchten würde, wenn der mündliche Vertragsabschluss wegen eines zur Zeit bestehenden Hindernisses (etwa Unmündigkeit der Contrahenten) unwirksam gewesen wäre, dieses Hinderniss aber zur Zeit der Unterzeichnung der Urkunde nicht mehr bestanden hätte. Wäre die Urkunde nur Beweismittel des mündlichen Vertragsabschlusses, so würde durch dieselbe nur ein unwirksames Geschäft bewiesen, mithin der Kauf nicht zu Stande gekommen sein, während er unzweifelhaft durch die spätere Beurkundung zu Recht besteht.

werde, rechtliche Bedeutung haben könne. Und in der That kommt der Urkunde diese beweisende Kraft zu. Aber sie trägt noch eine stärkere Kraft in sich verborgen. Indem der Schuldner dem Gläubiger schriftlich bekennt, so und so viel aus einem Geschäft schuldig zu sein, und dieses Bekenntniss dem Gläubiger aushändigt, ist es sein Wille, sich auf Grundlage des fraglichen Geschäfts dem Gläubiger zu der ausgedrückten Summe zu verpflichten. Und mit diesem Willen vereinigt der Gläubiger seinen Willen, indem er das Schuldbekenntniss annimmt. Ein solcher in den Händen des Gläubigers befindlicher Schuldschein repräsentirt hiernach ein acceptirtes Zahlungsversprechen, einen Vertrag, über dessen Natur vorläufig nur soviel gesagt werden soll, dass er auf einer Abstraction von dem die Verpflichtung ursprünglich begründenden Rechtsverhältnisse beruht.

Um alsbald den Gegensatz klar zu machen, denke man sich den Fall, der Käufer habe zu seiner eigenen Notiz auf ein Blatt Papier geschrieben: „Aus einem Kaufgeschäft über von mir erkauften und erhaltenen Weizen bin ich dem A. 100 Thlr. schuldig geblieben.“ A., zufällig in den Besitz dieses Blattes gelangt, producirte dasselbe zum Beweise seiner Forderung. Auch hier würde vielleicht der Richter von dem Abschluss des Kaufgeschäfts und der daraus sich ergebenden Forderung des A. volle Ueberzeugung gewinnen. Aber jeder Jurist wird sofort den Unterschied durchfühlen, welcher zwischen der von der concreten Glaubhaftigkeit abhängigen Beweiskraft jener Privatnotiz und der Wirksamkeit eines dem Gläubiger eingehändigten Schuldscheins besteht. Dieser Unterschied liegt darin, dass letzterer neben dem Zeugniss zugleich einen Willensact enthält, während der Inhalt der Privatnotiz nur Zeugniss, nur Beweismittel ist.

Urkunden der letzteren Art kann man als Beweismittel im engeren Sinne bezeichnen.

Auf die Bedeutung eines solchen Beweismittels im engeren Sinne ist die Urkunde, ohne Rücksicht auf den darin zu Tage tretenden Willen, jederzeit alsdann beschränkt, wenn das beurkundete Verhältniss nicht der freien Willenseinigung unterworfen, vielmehr an besondere, ausserhalb der Urkunde liegende Formen oder Thatsachen geknüpft ist.

Das letztere gilt im röm. Obligationenrechte von der Begründung einer klagbaren Verbindlichkeit im Allgemeinen, zufolge des Satzes: nuda pactio obligationem non parit. Zwar gab es Rechtsgeschäfte, welche der in jeder Form ausgedrückten Willenseinigung unterlagen, z. B. die Consensualcontracte, das pactum de non petendo; und diese wurden, wenn sie urkundlich aufgezeichnet waren, durch den Inhalt der Urkunde nicht etwa blos bewiesen, sondern begründet. [4]) Wenn dagegen Jemand eine Urkunde dahin ausstellte, dass er aus einem Mandats- oder Societätsverhältnisse, aus einem empfangenen Darlehn, oder aus einer Stipulation eine bestimmte Summe schulde, so konnte der schriftlich ausgesprochene Wille, den einbekannten Betrag schulden oder bezahlen zu wollen, nicht an und für sich eine Obligation begründen, da er ja nur ein nudum pactum

4) Vergl. c. 17 de fide instr. 4, 21. pr. J. de emt. 3, 23.

erzeugte. Vielmehr war die Urkunde nur insofern von Bedeutung, als sie auf die wirkliche Begründung der darin bezeugten Schuld, also auf Hingabe des Darlehns, auf Sprechen der Stipulationsworte u. s. w. schliessen liess, d. h. sie war Beweismittel im engeren Sinne. Als Product des in der Urkunde ausgesprochenen Willens konnte nur etwa ein constitutum begründet erscheinen. Wir haben aber gesehen, dass dieses Geschäft nur in Verbindung mit der älteren Obligation eine gewisse Bedeutung gewann, und zu dieser letzteren stand die Urkunde immer wieder nicht in dem Verhältniss eines Surrogats, sondern eines Beweismittels.

Diese Natur der römischen Urkunden war den classischen Juristen vollkommen klar, und findet sich in mehreren Stellen ausdrücklich ausgesprochen. Gajus, indem er die nomina arcaria im Gegensatz zu den nomina transscriptitia bespricht, sagt (III §. 131):

Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rei, non literarum obligatio consistit: quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei, non literarum facit obligationem. Qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

Ferner [5]) Paulus in l. 26 §. 2. depos. (16, 3.): „Titius Semproniis salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum, ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis — —.“ Quaero an ex hujusmodi scriptura obligatio quaedam nata sit? Respondit, ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse.

In Uebereinstimmung hiermit wird öfters ausgesprochen, dass es auf den Inhalt der Urkunde nicht ankomme, wenn feststehe, dass in Wahrheit die Sache sich anders verhalte.

c. 6. si cert. pet. (4, 2.): Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione, per stipulationem usuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es: falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis substantia non defecerit, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, et ejus praestari foenus convenit: simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.

Aehnliche Aussprüche finden sich in c. 5 eod., über Quittungen in c. 6 und 23 de solut. 8, 43; (sämmtlich Rescripte Diocletians).

Es steht hiernach soviel fest: eine Schuldurkunde der gedachten Art begründete keine Obligation. Ihre einzige juristische Bedeutung bestand in ihrer eigentlichen Beweiskraft; und es entsteht die Frage, welche Bedeutung in dieser Beziehung den Urkunden beigelegt wurde.

Bei Bestimmung dieser Beweiskraft mussten für den römischen Juristen zwei widerstreitende Rücksichten sich begegnen; einerseits die

5) Vergl. auch l. 61 pr. de O. et A. l. 4 de pig. 20, 1. l. 19 §. 1 de accept. 46, 4. l. 24 de const. pec. 13, 5. l. 28 dep. 16, 3. l. 92 de R. J. c. 14 si cert. pet. 4, 2. c. 13 de solut. 8, 43.

prohibitive Natur des Satzes: nuda pactio obligationem non parit, andererseits das praktische Bedürfniss, das so wichtige Beweismittel der Urkunden nicht illusorisch werden zu lassen. Die erstere Rücksicht musste dahin wirken, den Urkunden keineswegs eine allgemeine und unbedingte, sondern eine nach der jedesmaligen Glaubwürdigkeit ihres Inhalts zu bemessende Beweiskraft beizulegen. Denn die durchgehende Annahme einer strengen Beweiskraft der Urkunden trug offenbar die Gefahr in sich, dass der in der Urkunde sich bethätigende formlose Wille auf einem Umwege zur Geltung gelange und die Regeln über das römische Contractenwesen beseitige. Die zweite der oben erwähnten Rücksichten musste dagegen dahin führen, die Beweiskraft der Urkunden nicht von ihrer schwankenden concreten Glaubhaftigkeit abhängen zu lassen, sondern zu einer festen allgemeinen Regel zu erheben.

Dieser Widerstreit, wenn er überhaupt jemals zum bewussten Austrag gekommen ist, hatte sich bereits zur Zeit der classischen Juristen vollkommen zu Gunsten der letzteren Tendenz entschieden. Ohne Zweifel fühlte man die Wohlthat urkundlicher Sicherstellung so stark, dass man dagegen die Anhänglichkeit an alte Formen geringer anschlug. Die Schuldurkunden, wenn sie auch nur beweisen, nicht verpflichten konnten, wurden doch bis zum entschiedenen Beweise des Gegentheils für vollbeweisend angenommen.

Dieser Satz wird in unsern Quellen weniger positiv gelehrt, als vielmehr ohne Weiteres unterstellt, [6]) und vielfach indirect bestätigt. Namentlich finden Juristen und Kaiser häufig Veranlassung, auszusprechen, dass ein Beweis auch noch durch andere Beweismittel als Urkunden erbracht werden könne; [7]) dass der Mangel oder Verlust der Urkunde nicht schade, wenn das Geschäft anderweit zu beweisen stehe; [8]) dass der fortdauernde Besitz der Schuldurkunde nicht dem Beweise der Schulderledigung entgegen stehe; [9]) dass Urkunden, deren Inhalt dem wirklichen Willen des Ausstellers nicht entspricht, unwirksam seien. [10]) Allen diesen Aussprüchen standen offenbar Zweifel gegenüber, welche die Bedeutung der Urkunden bis zur Identificirung mit dem Rechtsgeschäft selbst zu überschätzen geneigt waren, eine Anschauung, welche mindestens eine allgemein anerkannte starke Beweiskraft der Urkunden als reelle Grundlage voraussetzt. Letztere spricht sich endlich auch darin aus, dass für einzelne Verhältnisse ausschliesslich Urkundenbeweiss in den Gesetzen gefordert wird. [11])

6) l 4 de fide instr. 22. 4. l. 32. l. 82 §. 3 de furt. 47, 2. l. 8 §. 1 quod met. c 4, 2. l. 3 §. 3 de jure fisci 49, 14. l. 59 de leg. III. l. 26 §. 2 depos. 16, 3. c. 19 de transact. 2, 4. c. 1 in quib. caus. 7, 34. c. 1, 2, 3, 4 de apoch. 10, 22. c. 2 de discussor. 10, 30 u. v. a.

7) c. 19 de R. V. 3, 32. c. 4 com. div. 3, 37. c. 4 de prob. 4, 19.

8) l. 5 de fide instr. 22, 4. l. 4 de pign. 20, 1. c. 5 de trans. 2, 4 c. 10 de R. V. 3, 32. c. 1, 5, 7 de fid. instr. 4, 21. c. 15 de jur. dot. 5, 12. c. 25 de lib. causa 7, 16. c. 2 de acq. poss, 7, 32. c. 12 de pign. 8, 14. c. 29 de don. 8, 54. c. 2 de rev. don. 8, 56. c. 3 de fide et jure 10, 3.

9) c. 4, 22 de sol. 8, 43. c. 23 de don. 8, 54.

10) c. 18 de prob. 4, 19. c. 23 de sol. 8, 43. c. 10 de don. 8, 54.

11) c. 3 si minor. 2, 43. c. 18 de test. 4, 20. Nov. 90 c. 2.

§. 35.

Stipulationsurkunden.

Die dargestellte Rechtsentwickelung zeigt sich auch in den über Stipulationen aufgenommenen Urkunden wirksam. Es war natürlich, dass derjenige, welcher durch Stipulation die Grundlage seines Rechts zu sichern bemüht war, auch daran dachte, den Beweis dieser neugeschaffenen Grundlage sicher zu stellen. Hierzu erschien eine über die Stipulation aufgenommene Urkunde das einfachste Mittel, und so finden wir denn schon in früher Zeit [1]) Stipulation und Beurkundung in regelmässiger Verbindung. In vielen Stellen der Classiker wird nur eine scriptura, ein instrumentum etc. genannt, in anderen ist direct nur von einer stipulatio die Rede; und gleichwohl ergiebt hier wie dort der Zusammenhang, dass nur eine Stipulationsurkunde gemeint sei. Viele Stipulationsurkunden sind, theils in den Rechtsbüchern, theils anderwärts, wörtlich uns aufbewahrt.

Die dargelegten Gründe führten dahin, solchen Urkunden die Kraft eines vollen Beweises der Stipulation beizulegen. [2]) Zweifel, die sich vielleicht im Interesse der ursprünglichen Form hiergegen geregt haben, waren schon bei den classischen Juristen überwunden. Man fragte nur noch, mit welcher Genauigkeit der Stipulationsact beurkundet sein müsse, damit die Urkunde als gültiges Zeugniss für solchen gelte. Alle in dieser Richtung erhobenen Fragen finden wir zu Gunsten der Aufrechthaltung der Stipulation und ihres Beweises beantwortet:

l. 134 §. 1 de V. O. (Paulus) respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio. (§. 2.) Idem respondit: quum Septicius literis suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras ejus semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Titii praecessisse verba stipulationis.

Paulus R. S. V. 7 §. 2. Verborum obligatio inter praesentes non etiam inter absentes contrahitur. Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit.

c. 1. de contrah. stip. (8, 38). Licet epistolae, quam libello inseruisti, additum non sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur: tamen si res inter praesentes gesta est, credendum est, praecedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse. [3]) (a. 201.)

1) Bereits Cicero (Top. c 25, 26) rechnet die Stipulationen zu den „res quae ex scripto aguntur“. Weitere Belege bei Heimbach, Creditum S. 308.

2) Wie wenig dies sich von selbst versteht, wird durch eine Vergleichung klar werden. Wenn heutzutage ein Geschäft gerichtliche Abschliessung fordert, so würde schwerlich ein Gericht den Beweis desselben durch eine Privaturkunde, worin der eine Theil dem andern die gerichtliche Abschliessung des Geschäfts bescheinigt hätte, erbracht finden. Eine Stipulationsurkunde aber war nichts anderes, als eine solche Bescheinigung, dass die Stipulation mündlich erfolgt sei.

3) Ein bestätigendes Beispiel hierfür in l. 57 de don. int. vir. et ux. 24, 2. (Paulus).

l. 30 de V. O. (Ulpianus): Sciendum est generaliter, quodsi quis se scripserit fidejussisse, videri omnia soleniter acta. [4])

l. 7 §. 12 de pactis (Ulpianus): Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: rogavit Titius, spopondit Maevius, haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.

Eine solche Beurtheilung der Stipulationsurkunden musste nothwendig auf die Auffassung der Stipulation selbst zurückwirken. Brauchten die genaueren Formen derselben nicht mehr bewiesen zu werden, wozu brauchte man dieselben noch zu wahren? Es ist daher nicht zu verwundern, dass Kaiser Leo (469) die Formlosigkeit, welcher man bei Beurtheilung der Urkunden Raum gab, auf die Stipulation selbst übertrug.

c. 10 de contr. stip. (8, 38.) Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem.

So waren die Formen der Stipulation bereits zusammengeschmolzen bis auf die persönliche Gegenwart der Contrahenten oder zulässiger Vertreter derselben und mündliche Rede und Gegenrede in ununterbrochenem Zusammenhange. [5])

Aber auch diese Erfordernisse hielten auf die Dauer nicht Stand. In c. 14 de contr. stip. bemerkt Justinian, dass noch stets darüber gestritten werde, ob der angebliche Sclave, welcher für seinen Herrn stipulirt habe, wirklich Sclave dieses Herrn sei, und ob die Contrahenten, welche in der Urkunde als gegenwärtig angegeben seien, wirklich gegenwärtig gewesen. Um diese Streitigkeiten abzuschneiden, verordnet er:

— sancimus, tales scripturas omnifariam esse credendas: et sive adscriptus fuerit servus, et ad quandam personam dicitur pertinere, credi omnimodo, et servum adfuisse et fecisse stipulationem, et eam esse scripto domino acquisitam. — Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum: si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est: nisi is, qui dicit sese vel adversarium abfuisse, liquidis ac manifestissimis probationibus — ostenderit, sese vel adversarium suum eo die civitate abfuisse: sed hujusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas.

Damit war denn das äusserste Moment, auf dessen Realität im Interesse alter Form gehalten werden musste, die persönliche Gegenwart der Contrahenten, durch eine Fiction ersetzt, welche sich fast unbedingt an die Erwähnung derselben in der Urkunde knüpfte. Kein Zweifel, dass hiernach neben Abfassung der Stipulationsurkunde die Zusammenkunft der Contrahenten und noch mehr die mündliche Rede oft ganz unterblieb; und völlig erklärlich ist es, wenn Justinian in c. 4 §. 6 de rec. arb. (2, 55) das Sprechen der Stipulationsworte als eine „subtilis immo magis supervacua observatio, quae ab aula concessit" bezeichnet.

4) Uebereinstimmend hiermit §. 8 J. de fidej. 3, 20.
5) Vergl. Savigny Obl. R. II. S. 207.

Die Stipulation als Verbalcontract lebte daher nur noch in der Theorie fort. Praktisch war sie durch ihre Repräsentantin, die Stipulationsurkunde, ersetzt. In dieser aber bedurfte es nur einer schwachen Hinweisung auf die Stipulation, um solche als geschehen anzunehmen.

§. 36.

Assimilation der Stipulationsurkunde mit dem einfachen Schuldscheine.

Bei der Bedeutung, welche nach dem Obigen die causa der Stipulation für deren Wirksamkeit hatte, war es für Gläubiger und Schuldner von Interesse, sich neben der Stipulation zugleich den Beweis der causa zu sichern. Es geschah dies am einfachsten dadurch, dass der Bestand der causa neben der Stipulation in der Urkunde erwähnt wurde. So gestalten sich die Stipulationsurkunden regelmässig zu Zeugnissen über die materielle Entstehung der Verbindlichkeit, welcher die Stipulationsformel als Schlussclausel angehängt wurde. [1])

Je mehr nun gleichzeitig die Stipulationsformel zusammenschwand, um so mehr näherten sich auf diese Weise die Stipulationsurkunden denjenigen Urkunden, welche ohne Stipulation über eine einseitige Verbindlichkeit, ihrem materiellen Grunde nach, ausgestellt wurden — man kann solche einfache Schuldscheine nennen. Beiden gemeinsam war die Eigenschaft eines Beweismittels für den materiellen Verpflichtungsgrund, was auch für Stipulationsurkunden wichtig werden konnte, wenn z. B. die Stipulation wegen eines formellen Mangels ungültig war. [2]) Diese Eigenschaft genügte für beide Arten von Urkunden, um bis zur Erbringung von Gegenbeweis die Forderung gesichert zu halten. Daneben hatte zwar die Stipulationsurkunde, als Repräsentantin der Stipulation selbst, noch die Eigenschaft eines formellen Verpflichtungsactes, und dadurch wirkte sie wenigstens im Fall einer causa praecedens insofern stärker, als sie nur nach den Regeln der condictio indebiti angefochten werden konnte. So weit aber den Umständen nach aus dem objectiven Nichtbestande der causa zugleich auf den Irrthum geschlossen werden durfte (S. 63), trat auch diese Differenz in den Hintergrund; und jedenfalls war jener Unterschied nicht geeignet, für ein Zeitalter sinkender Kraft den Gegensatz von Stipulationsurkunden und einfachen Schuldscheinen in klarem Bewusstsein zu erhalten.

Diese factische Annäherung fand aber noch einen vermittelnden Anhaltspunkt in der auf beide gleichmässig angewendeten Idee eines Literalcontracts. Die Römer entlehnten das Urkundenwesen vorzugsweise von den Griechen, wie schon die Namen chirographum, syngrapha, apocha erkennen lassen. Bei den Griechen aber galt, wie wir durch Gneist [3]) wissen, im Obligationenrecht das Princip freier Willenseinigung. Demzufolge nahmen dort die einfachen Schuldscheine von vornherein einen anderen

1) l. 7 §. 12 de pact. 2, 14. Beispiele in l. 40 de R. C. l. 126 §. 2 de V. O. l. 57 de donat. int. vir. et ux. 24, 1.

2) l. 9 §. 4 de R. C. l. 126 §. 2 de V. O. c. 3 de contr. stip. 8, 38. l. 20 §. 1 de in rem verso 15, 3.

3) S. 469 flg.

Charakter an: sie waren nicht lediglich Beweismittel, vielmehr wurde das Willenselement in ihnen lebendig. Dieser Willen ist bei der Schuldurkunde, ganz wie bei der Stipulation, darauf gerichtet, eine Verbindlichkeit, von dem materiellen Verpflichtungsgrunde losgetrennt, zu einer in gewissem Masse selbständigen Obligation zu erheben. Mit anderen Worten: die griechischen chirographa theilten die negativ-formelle Seite der römischen Formalverträge.

Die Römer, welche schon zu Cicero's Zeiten in dem Verkehr mit Peregrinen die griechischen Urkunden (damals unter dem Namen syngraphae) häufig zur Anwendung brachten, [4]) mussten durch diese Art und Weise, mittelst Schrift ein abstractes Forderungsrecht zu schaffen, an ihren eigenen (älteren) Literalcontract erinnert werden. Daraus dürfte eine vielbesprochene Stelle von Gajus sich erklären. Nachdem derselbe die nomina transcripticia als ächte literarum obligatio dargestellt, diesen aber die nomina arcaria eben so entschieden als blose Beweismittel gegenübergestellt hat (S. 103), sagt er (III. §. 134):

Praeterea literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

Gajus definirt hier die chirographa und syngraphae [5]) als einfache formlose Schuldscheine, ganz so, wie auch Gneist's Forschungen sie ausgewiesen haben. Gleichwohl erklärt Gajus dieselben für ein genus obligationis, und zwar für eine Literalobligation. Denn die Worte „fieri videtur“ weisen nicht auf etwas nur Scheinbares hin, sind vielmehr der abgeschwächte Ausdruck für etwas Wirkliches. [6]) Er lehnt aber diesen Literalcontract vom römischen Standpunkt aus ab und weist ihn ausschliesslich den Peregrinen zu; natürlich, da für das classische röm. Recht diese Form der Willenseinigung nicht anzuerkennen stand. [7])

Die solchergestalt angeregte Idee einer mit dem Schuldschein verknüpften Literalobligation musste fortwährend Nahrung finden in der starken Beweiskraft, die man der Urkunde beilegte, und dem daraus hervorgehenden Sprachgebrauche, zufolge dessen man die Urkunde dem Rechtsgeschäfte oder der Obligation selbst substituirte. [8]) Man sprach von „chirographa legare, vendere“ etc. und meinte die Forderung. [9]) Sehr häufig sind ferner die Ausdrücke: „convenire, petere, exigere, agere ex chirographo, ex epistola, scriptura“ etc., auch bei Rechtsgeschäften,

4) Gneist S. 481 flg.

5) Dass beide nicht, wie man früher auf Grund einer Stelle von Asconius annahm, innerlich verschiedene, sondern synonyme Bezeichnungen sind, hat Gneist (S. 413) dargethan. Auch Savigny hat dieser „sehr gründlichen, befriedigenden Untersuchung“ seine früher abweichende Ansicht untergeordnet. (Verm. Schrift. I. S. 245.)

6) Vergl. z. B. Gaj. III. §. 221, 222. — Sintenis in Sells Jahrb. I. 270. Savigny V. §. 207 d.

7) Aehnlich Paul. R. S. II. 14. Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Auch l. 31 de prob. wird aus dem Standpunkte des Peregrinenrechts erklärt werden müssen. (Heimbach Cred. S. 502.)

8) Ausführlich hiervon Gneist. S. 373 flg.

9) l. 59 de leg. III. l. 44 §. 5 de leg. l.

wo die Urkunde nur Beweismittel sein konnte. [10]) Dem Rechtsverständigen musste freilich diese Sprachweise sofort als sinnbildliche einleuchten. Einer minder juristischen Auffassung aber konnte daraus die Idee erwachsen, als ob der Schuldschein den Schuldgrund nicht beweise, sondern enthalte. (Vergl. die Cit. S. 104 Note 7—10.)

Gleichwohl leistete die Rechtswissenschaft der Idee einer formellen Verpflichtungskraft des chirographum entschieden bis zu Diocletian's Zeiten Widerstand. In den zahlreichen Rescripten dieses Kaisers, des letzten, unter welchem überhaupt altrömischer Geist noch lebendig ist, finden wir durchgehend Stipulation und nudum pactum in Gegensatz gestellt, und demgemäss auch formelle Begründung und einfache Beurkundung einer Schuld scharf unterschieden. [11]) Hierzu trug ohne Zweifel das Processverfahren per formulas wesentlich bei. Je nachdem aus einer Stipulationsurkunde oder einem einfachen Schuldscheine geklagt wurde, musste eine ganz verschiedene Klagformel erwirkt werden. Anfechtungen der Verpflichtung wegen Mangels des materiellen Grundes konnten der Stipulationsurkunde gegenüber nur mittelst einer in die Formel aufzunehmenden Exception, dem blosen Schuldscheine gegenüber aber schon mittelst einfachen in judicio zu führenden Gegenbeweises zur Geltung kommen. So erhielten die Processformen den ursprünglichen Charakter der Rechtsgeschäfte in bleibender Erinnerung.

Unter Diocletian (a. 294) wurde der Formularprocess beseitigt. In dem nun allgemein eintretenden Verfahren extra ordinem fand weder eine ausdrückliche Bestimmung der rechtlichen Natur der Klage und eine Sonderung der concertirenden Rechtsverhältnisse, wie im Formularprocess durch die Formel, noch eine förmliche Trennung von Haupt- und Beweisverfahren, wie im heutigen Process durch das Beweisinterlocut, statt. Das ganze Verfahren bildete eine wenig geordnete fortlaufende Cognition, worin Behauptungen und Beweismittel gleichzeitig geltend gemacht wurden. [12]) Der Gegensatz von Begründung und Beweis, Ungültigkeit und Anfechtbarkeit wurde immer unkenntlicher. Damit war die letzte Schranke beseitigt, welche der Assimilation von Stipulationsurkunden und einfachen Schuldscheinen entgegenstand; diese musste fortan unaufhaltsam weiter schreiten.

Freilich sind unsere Nachrichten über diesen letzten Verlauf nur dürftig, so wie überhaupt von Diocletian an die Constitutionen über

10) l. 41 §. 2 de usur. 22, 1. l. 2 de fide inst. 22, 4. l. 20 de inst. act. 14, 3. l. 18 §. 2 de mort. c. don. 39, 6. l. 28 dep. 16, 3. l. 49 sol. mat. 24, 3. l. 89 pr. de solut. 46, 3 l. 17 pr. de doli exc. 44, 4. („ex chirographo ex stipulatu agere“) c. 9 ad exhib. 3, 42.

11) S. die oben S. 138 cit. Constitutionen, und ferner: c. 21 de pact. 2, 3. c. 12 de prob. 4, 19. c. 17 ad SC. Vell. 4, 29. c. 3 de rer. perm. 4, 64. c. 27 de loc. 4, 65. — Nur in einzelnen Beziehungen beginnt schon ein selbständigeres Leben der Urkunden, so z. B. in Zulassung einer Condiction der Urkunde nach geleisteter Zahlung (c. 25 de sol. 8, 43. c. 2 de cond. ex lege 4, 9), während die Condiction einer ipso jure getilgten Obligation im Sinne des classischen Rechtes nicht denkbar ist. Schon früher aber gab man die actio ad exhibendum auf Rückerstattung der erledigten Urkunde (l. 18 ad exhib. 10, 4. c. 9 eod. 3, 42).

12) Puchta Inst. 2 §. 185. Bethmann-Hollweg Civ. Proc. I. §. 24.

Gegenstände des Privatrechts weit seltener werden. Es liegen nur verschiedene Constitutionen vor, welche von der Klage aus einem chirographum reden, unter diesem Begriff aber ohne Zweifel Stipulationsurkunden und einfache Schuldscheine vereinigten und so zu deren Verschmelzung beitrugen.

Dahin gehört eine Constitution vom Jahre 371, c. 3. C. Theod, de denunc. (2, 4):

Exigendae denuntiationis locus non est, cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur.

Ferner eine Constitution vom Jahre 406, c. 6 eod., worin die nämliche Vorschrift über Beseitigung der processualischen Denunciation (eines Acts bei Einleitung des Processes) wiederholt und noch auf andere Klagen ausgedehnt wird. Sie beginnt mit den Worten:

Si quis debiti, quod vel ex foenere vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem, facta cautione, translatum est, seu fideicommissi dirigat autionem....

ein deutlicher Beweis, wie die Idee einer mit dem chirographum verknüpften lit. obligatio bereits vorgeschritten war.

Eine Constitution vom Jahre 421 mit der Ueberschrift: Si certum petatur de chirographis (C. Theod. 2, 27), traf Anordnungen über den Aechtheitsbeweis, über die Fristen, binnen welcher die chiroprapha nach dem Tode des Ausstellers producirt und unter Lebenden erneuert werden sollten etc. Hier wird bereits (§. 4) das Ableugnen der empfangenen Zahlung dem chirographum allgemein gegenüber an die Frist der exceptio n. n. pec. geknüpft; ein Ausspruch, welcher in Beziehung auf einfache Schuldscheine nur aus der Idee einer auf sie übertragenen formellen Verpflichtungskraft hervorgehen konnte.

§. 37.

Das Verhältniss zur Zeit Justinians.

Zu Justinians Zeiten war der Sinn für Form und Bedeutung der Stipulation auf's Tiefste gesunken. Dafür zeugt die c. 8 de novat., worin Justinian eine strenge Präsumtion gegen die novirende Kraft der Stipulation aufstellt, die c. 2 de const. pec., worin er Constitut und Stipulation gleichzustellen gedenkt, die c. 4 §. 6 de recept. arb. (2, 56), wo er die Unterzeichnung eines schiedsrichterlichen Ausspruchs auch ohne Stipulation für bindend und das Sprechen der Stipulationsworte für eine altmodische, überflüssige Subtilität erklärt, die c. un. de rei uxor. actione in ex stipulatu actionem transfusa (5, 13), worin er eine bonae fidei actio aus fingirter (!) Stipulation einführt, die c. 37 de donat. (8, 54), welche dem formlosen Schenkversprechen Klagbarkeit verleiht, endlich die c. 14 de contr. stip., worin der Beweis der Stipulation durch Fictionen ersetzt wird.

Was war unter diesen Umständen an der Stipulationsform noch zu halten? Wenn man sogar durch formloses Versprechen schenken konnte, warum sollte da noch die vertragsweise Anerkennung einer Schuld —

welche ja im äussersten Falle Schenkung war — an die Form der Stipulation geknüpft sein?

Andererseits tritt die Ausstellung einer Urkunde immer bestimmter als die charakteristische Form für die Uebernahme einer einseitigen Verbindlichkeit hervor; wobei kaum noch irgend von der etwa damit verbundenen Stipulation die Rede ist. Nach c. 22 ad SC. Vellej. findet Justinian die Wiederholung einer Intercession von Seiten der Frau darin: „si cautionem conscripserit"; und die sich anschliessende Authentica beginnt mit den Worten:

Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, etc.

In c. 23 eod. verordnet Justinian, dass Frauen nicht anders intercediren sollen; — nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus signato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem.

In c. un. §. 1 de rei uxor. act. sagt Justinian in Betreff der fingirten Stipulation:

Et nemo putet nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quae instrumentis receptae sunt. Nihil enim prohibet et si sine scriptis vel detur, vel promittatur, vel suscipiatur, simili modo intelligi factam stipulationem et hypothecam ex utraque parte, quasi fuerit scripta.

— Worte, welche deutlich darauf hinweisen, dass die Substitution einer Urkunde für die Stipulation dem Zeitalter ganz geläufig war.

Nach c. 35 §. 2 de inoffic. testam. soll das Recht auf den Pflichttheil durch Annahme von etwas Hinterlassenem niemals ausgeschlossen werden:

nisi hoc specialiter sive in apocha, sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem.

Hier steht also die apocha mit der transactio und dem pactum de non petendo auf einer Linie.

In gleichem Masse auch, wie die Stipulation, das ausdrückliche Zahlungsversprechen, zu einer Formalität wurde, musste die Anerkennung der Schuld als das eigentlich belebende Element für die materielle Bedeutung des Schuldscheins zum Bewusstsein gelangen und in den Vordergrund treten.[a] „Confessio"[1]) heisst nun die unter Bezugnahme auf eine bestehende Verbindlichkeit neu eingegangene Verpflichtung; und es wird von ihr in einer Weise geredet, welche sie mit der confessio in jure in offenbare Parallele setzt.[1a])

Am vollkommensten aber erweist sich die Assimilation von Stipulation und Schuldurkunde darin, dass auf beide die exceptio non nume-

a) So z. B. in c. 7 §. 5 de praescr. trig. ann. 7, 39: — si quis debitorum ad agnoscendum suum debitum secundam cautionem exposuerit, etc.

1) Vergl. diesen Ausdruck in c. 4 §. 3 de advoc. div. 2, 8. c. 3 de plus pet. 3, 10. c. 23, 25 ad SC. Vell. 4, 29. c. 22 de agric. et cens. 11, 42. c. 29 de pact. 2, 3. c. 13 arbitr. tut. 5, 51.

1a) So namentlich in c. 13 de n. n. pec. 4, 30; l. 25 §. 4 de probat. und l. 20 §. 1 de donat. (zwei muthmasslich interpolirten Pandektenstellen), vergl. mit l. 29 §. 1 de donat. S. 95.).

ratae pecuniae mit der ihr eigenthümlichen Befristung angewendet wurde. Enthielt die Urkunde die Stipulationsclausel, so konnte man die nach Wegfall der Exception eintretende Verpflichtung noch immer auf die, wenn auch nur fingirte, verb. obligatio zurückführen. Fehlte aber jene, und man liess nun doch mit Ablauf der Exceptionsfrist die Verpflichtung ohne Rücksicht auf die Frage, an pecunia numerata sit, eintreten, so war nicht mehr zu leugnen, dass hier etwas Neues entstanden, dass eine Verpflichtung lediglich durch die formelle Kraft der Urkunde begründet sei. Justinian war ehrlich genug, dieses einzugestehen. Unter dem Titel: de literarum obligatione (3, 21) schreibt er in den Institutionen:

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur; quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest, hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. [2])

So war also der Literalcontract durch chirographum anerkannt. Bei Gajus (III. §. 134) sehen wir ihn vergeblich anklopfen; von Justinian wird ihm officiell der Eintritt verstattet, nachdem er sich bereits factisch Bahn gebrochen. Diese Differenz zwischen classischem und Justinianischem Recht äussert sich noch in einem auffallenden Umstande. Die alten Juristen pflegten die Contracte als re, verbis, literis, consensu begründet aufzuführen. Bei Aufnahme der betreffenden Fragmente in die Rechtsbücher musste nun der Zweifel entstehen: sollte man das literis contrahere mit aufführen oder nicht? Den Literalcontract, welchen die Alten meinten, hatte man nicht mehr; und derjenige, welchen man hatte, war von jenen nicht gemeint. In dieser Verlegenheit entschloss man sich, in den Pandecten, wo man nur mit den Zungen der Alten redete, den Literalcontract überall zu streichen, [3]) gleichsam als ob diese einen solchen gar nicht gekannt hätten. In den Institutionen dagegen, wo Justinian selbst redete, behielt er in §. 2 de oblig. (3, 13) die obligatio, quae literis contrahitur, aus der betreffenden Stelle des Gajus bei; erläuterte aber diese Beibehaltung durch den Titel de liter. obligatione dahin, dass hiermit nicht der ältere, sondern der neuere Literalcontract, welcher in der Schuldurkunde liege, gemeint sei.

Viele nehmen an, Justinian habe hier nur aus Spielerei oder aus theoretischem Irrthum von einer Literalobligation geredet. Ersteres ist an sich unwahrscheinlich, letzteres aber besonders deshalb, weil Justinian

2) Völlig übereinstimmend ist die Paraphrase des Theophilus.

3) l. 1 §. 1. l. 4. l. 52 pr. de O. et A. 44, 7. l. 1 §. 1 de novat. l. 1 §. 3 de pact. l. 8 §. 1 de fidej. 46, 1. Nur in l. 38 de O. et A (§. 34 Note 2) ist ein Fragment aufgenommen, welches so, wie es Paulus ursprünglich schrieb, wohl auf den älteren Literalcontract sich bezog, welchem aber dann durch den muthmasslich interpolirten Schlusssatz: quatenus placuit etc. mittelst der darin liegenden Hinweisung auf den neuen, aus dem Absterben der Stipulation (voces lingua figuratae) hervorgegangenen Literalcontract Aufnahmefähigkeit verliehen wurde.

eine Stelle von Gajus vor Augen hatte, woselbst sehr scharf zwischen Beweismittel und Verpflichtungsgrund unterschieden wird (S. 103). Die Sache war ohne Zweifel die: man fühlte das praktische Bedürfniss einer zeitlichen Beschränkung der Anfechtung eines urkundlichen Schuldbekenntnisses dem einfachen Schuldschein gegenüber nicht minder, wie solches dem Stipulationsschein gegenüber sich herausgestellt hatte; und man befriedigte dieses Bedürfniss, indem man auch den einfachen Schuldschein gerade so behandelte, als ob die Stipulationsclausel darin stände. Das hatte sich wahrscheinlich schon längst in der Praxis gebildet. Justinian legalisirte es durch seinen Ausspruch. Damit war der neue Literalcontract gegeben.

Dieser ist hiernach in der That keine positive Schöpfung, sondern nur das Product des Absterbens der Stipulationsform, welches besonders rasch in der Richtung vor sich ging, wo die Stipulation in der Beurkundung ein praktisches Surrogat gefunden hatte. Dadurch wurde das Willenselement, welches in dem einfachen Schuldschein zwar schon früher vorhanden, aber gleichsam latent gewesen war, frei und gelangte zur Wirksamkeit. Die ganze Entwickelung aber wurde getragen durch die stille, unwiderstehliche Macht der fortschreitenden Rechtsidee.

Aehnliche Fortschritte bemerken wir im römischen Rechte überall. Schon früh machte die mancipatio der einfacheren Tradition Platz; statt der Delegation wurde die Cession üblich; das förmliche Legat glich sich mit dem minder förmlichen Fideicommiss aus. Selbst diese erleichterten Formen wurden noch durch constitutum possessorium, fingirte Cession, Oralfideicommiss etc. an Unförmlichkeit überboten. Ist es danach zu verwundern, wenn die Stipulation in die Stipulationsurkunde und diese in den einfachen Schuldschein überging?

Ob aber dieser neue Literalcontract als ein nach allen Seiten vollendetes Institut zu betrachten sei, kann füglich dahin gestellt bleiben. Wahrscheinlich war man sich selbst hierüber nicht recht klar. Es mag daher auch Jedem überlassen sein, ob er von einem wirklichen oder von einem Quasi- oder Pseudo-Literalcontract des neueren Rechtes reden will. Die richtige Erkenntniss der Verhältnisse ist von dem Namen nicht abhängig.

Unter den heutigen Juristen wird über die Existenz eines neuern römischen Literalcontracts gestritten. Von einigen [4]) bejaht, wird sie von den meisten verneint, unter diesen auch von Gneist mittelst einer Ausführung, welcher Niemand das Lob grosser Gründlichkeit versagen wird. Er hat dabei, wie mir scheint, nur zwei Umstände nicht genügend berücksichtigt, erstlich, dass zwischen der Zeit, aus welcher er seine Belege nimmt, und der Zeit Justinians drei Jahrhunderte liegen, die doch auch ihre Geschichte gehabt haben; und sodann, dass der einfache Schuldschein

4) Kraut, de argentar. et nummular. p. 101. Cropp Abhandl. I. No. 18. Liebe S. 24 flg., S. 378. — Der letztere scheint der diesseitigen Ansicht nahe zu stehen.

ein Willenselement enthält, das der Entwickelung zu einem Formalvertrage fähig war. [5])

Capitel VI.

Anfechtung der Schuldurkunde.

§. 38.

Beweisführung über den subjectiven Bestand der causa. Cautio, quae indiscrete loquitur.

Zufolge des geschilderten Umwandlungsprocesses nahmen die Anfechtungsmittel der Stipulation nunmehr ihre Richtung gegen die an deren Stelle tretende Urkunde. Statt der Obligation wurde die Urkunde condicirt, in welcher jene sich gleichsam verkörperte. [1]) Diese Metonymie, welche in classischer Zeit wohl nur bei Stipulationsurkunden stattfand, musste an Bedeutung zunehmen, je mehr die Idee des Literalcontracts Raum gewann. Schon früh finden wir die Condiction auch auf Urkunden angewendet, deren Obligation ipso jure getilgt war (S. 109 Note 11).

Es bleibt nun zu erörtern, wie sich die Anfechtungsmittel der Stipulation den Urkunden gegenüber verhielten.

Für diese Anfechtung kam es vor Allem darauf an, zu wissen, mit Beziehung auf welche causa (subjectiv) stipulirt sei? Nun war es aber möglich, dass die Urkunde blos die geschehene Stipulation, über deren causa aber nichts ergab. Wer hatte nun in diesem Falle Beweis zu führen? [2])

Nach allgemeinen Grundsätzen würden wir hierauf ohne Zweifel so antworten: die Stipulation überträgt an und für sich ein Forderungsrecht. Soll dieses mittelst Condiction oder Exception angefochten werden, so bildet hierfür die Beziehung, in welcher stipulirt wurde, die positive thatsächliche Grundlage, und es ist deshalb Sache der Condicenten oder Excipienten, diese Beziehung zu erbringen. Die Rechtfertigung dieser Antwort wird noch mehr einleuchten, wenn wir der Stipulation die Eigenthumsübertragung substituiren. Wer eine Zahlung als sine causa geleistet zurückfordert, wird doch zunächst beweisen müssen, wegen

5) Es kann sich natürlich bei dieser ganzen Erörterung nur darum handeln, dasjenige zu verstehen und zu erklären, was in den Institutionen Justinians unabweislich gegeben vorliegt. Wenn gleichwohl auch heute noch über „die Existenz eines neueren Literalcontracts“ fort und fort gestritten wird, so erinnert dieser Streit unwillkürlich an Kaulbach's Hunnenschlacht, wo träumende Gestalten emporschweben, um hoch in den Lüften einen Kampf fortzusetzen, der für die Erde keine Bedeutung mehr hat.

1) c. 3, 4 de cond. ind. 4, 5. c. 4 de cond. ex lege 4, 9. c. 7 de n. n. pec. 4, 30.

2) Nicht zu verwechseln ist der hier fragliche Beweis mit dem Beweis über die objective Existenz der causa, wovon oben geredet wurde; desgleichen mit einem Beweis darüber, dass die Stipulation zu irgend einer causa subjectiv in Beziehung stehe; eines solchen Beweises bedarf es niemals, da dies eine Naturnothwendigkeit ist (S. 10 u. 48).

welcher vermeintlichen causa er gezahlt habe; erst hieran kann sich die Frage über den objectiven Bestand dieser causa anknüpfen.

In Widerspruch mit diesem Resultate scheint sich in Betreff der Stipulation die vielbesprochene l. 25 §. 4 de probat. zu befinden.

Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.

Wir haben oben gesehen, dass die l. 25 de prob. zum grossen Theil für unächt zu halten ist. Man hat auch die Aechtheit des §. 4 vielfach verneint, namentlich weil derselbe mit einer Constitution von Justin, c. 13 de n. n. pec., auffallende Aehnlichkeit hat und man deshalb eine Interpolation des ersteren aus letzterer vermuthete. Es scheint jedoch, wie bereits Gneist (S. 206) dargelegt, die Latinität des §. 4 besser als die der c. 13, und mehrere Wendungen des §. 4 entsprechen ganz der classischen Sprachweise. Ist nun gleich hierdurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass auch der hier betrachtete Theil des Fragments wesentliche Aenderungen aus der unwissenschaftlichen Feder des Compilator erlitten habe, so soll doch hier eine wissenschaftliche Erklärung desselben wenigstens nicht unversucht gelassen werden.

Auch darin muss man Gneist unzweifelhaft beistimmen, dass der §. 4 cit. nicht von einem einfachen Schuldscheine, sondern von einer Stipulationsurkunde handelt. Dafür spricht schon entschieden, dass, auf den Standpunkt des Paulus berechnet, eine Urkunde nicht wohl als solche, sondern nur als Repräsentantin einer Obligation condicirt werden konnte, von den Obligationen aber regelmässig nur die (zu einer causa in Beziehung stehenden) Formalobligationen der Condiction unterlagen. Da nun damals der einfache Schuldschein eine Formalobligation nicht begründete, so kann man unter der zu condicirenden cautio nur eine Stipulationsurkunde verstehen. Hiermit stimmt auch die Ausdrucksweise völlig überein. „Debitum in cautionem deducere“ entspricht ganz der so häufigen gleichartigen Wendung in stipulationem oder in obligationem deducere. Auch die Worte „indebite promisisse“ weisen entschieden auf ein Stipulationsversprechen hin. Endlich werden auch in der ähnlichen c. 13 de n. n. pec. die Betheiligten ausdrücklich stipulator und promissor genannt.

Der §. 4 cit. ergiebt also den Fall, dass einer beurkundeten Stipulation gegenüber wegen Mangels der causa die Condiction erhoben wird. Die Frage, wer in Betreff der causa Beweis zu führen habe, wird dahin beantwortet: wenn die Urkunde eine Darlegung der causa nicht enthält, so soll der Stipulant beweisen, „debitum esse quod in cautionem deduxit;“ wenn dagegen die Urkunde zugleich die causa darlegt, so soll es bei diesem Zugeständniss sein Bewenden haben, insofern nicht der promissor vollständigen Beweis liefert, dass er indebite sich verpflichtet habe.

Den thatsächlichen Inhalt der hier angestellten Condiction denkt man sich, nach dem gewöhnlichen Inhalt der cond. indebiti, in der Regel so: der Kläger mache geltend, er habe die cautio ausgestellt, um sich dadurch wegen einer, damals von ihm und seinem Gegner für bestehend angenommenen, Schuld verbindlich zu machen. Wäre dies der Inhalt der fraglichen Condiction, so würde damit die verschiedene Entscheidung der beiden von Paulus aufgestellten Fälle völlig unerklärbar sein. Denn jene Klage enthielte damit auch der cautio indiscreta gegenüber das Zugeständniss, dass bei deren Ausstellung mündlich dieselbe confessio über das Vorhandensein der causa abgegeben sei, welche in dem anderen Falle als in die Urkunde selbst aufgenommen unterstellt wird (vergl. S. 18); und wenn nun für den letzteren Fall gesagt wird, dass der promissor an seine confessio gebunden sei, so ist nicht einzusehen, warum umgekehrt der stipulator Beweis führen müsse, wenn der promissor durch sein in der Klage enthaltenes Zugeständniss einer, mit der Ausstellung der Urkunde verbundenen, mündlichen confessio die cautio indiscreta ergänzt und damit auf den Standpunkt der cautio, quae causas explanavit, erhoben hätte. Denn auch die letztere wirkt ja nur dadurch, dass sie die Ueberzeugung des Ausstellers von dem debitum zur Zeit der Ausstellung constatirt. [3])

Bei jedem Versuch einer Erklärung des §. 4 cit. sind wir hiernach zu der Annahme gedrängt, dass nicht schon das Klagvorbringen des Condicenten selbst das Zugeständniss enthalten dürfe, die cautio sei auf den Grund eines unterstellten debitum ex causa praecedente ausgestellt. [3a]) Wir müssen vielmehr der Stelle einen Fall zu Grunde legen, wie man ihn noch heute vielfach praktisch erleben kann, und wie er nach manchen Andeutungen in den Quellen auch bei den Römern öfters vorkam. Es hatte Jemand eine cautio creditae pecuniae ausgestellt, eine Stipulationsurkunde, worin als causa der Empfang eines entsprechenden Geldwerthes bescheinigt war. Der Aussteller condicirte diese cautio mit der Behauptung: „ich habe kein Geld dafür erhalten.“ Der Verklagte entgegnet: „allerdings hast du kein Geld dafür erhalten, aber du hast die cautio ausgestellt für die und die als bestehend anerkannte Schuld“. Der Kläger leugnet das. Wer hat nun zu beweisen? Der Verklagte, wie ich glaube, da mit seinem Zugeständniss, dass der Kläger kein Geld für die cautio empfangen habe, diese bis auf Weiteres der exceptio n. num. pec. verfällt, welche nur durch den Beweis beseitigt werden kann, dass die Urkunde für eine bestehende Schuld ausgestellt sei. [3b]) Mit diesem Falle im Sinne könnte Paulus wohl den ersten Theil der Stelle geschrieben

3) Vergl. l. 38 de O. et A. (S. 100 Note 2); auch c. 5 de transact. 2, 4.

3a) Nicht befreunden kann ich mich hiernach auch mit der Ansicht Windscheid's (Pand. §. 318 N. 4), welcher die l. 25 cit. dadurch aus ihrer Position zu verdrängen gedenkt, dass er sie jedenfalls auf den Fall für beschränkt erklärt, wo es von vornherein feststehe, dass die cautio für eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit ausgestellt sei.

3b) Gerade das Missliche des solchergestalt dem Inhaber der Urkunde zufallenden Beweises führte ja später die zeitliche Beschränkung des exc. n. n. p. herbei. Vergl. unten Anhang IX.

haben. Wenn dabei von ihm die Nachweisung des objectiven Bestandes der Schuld begehrt zu werden scheint, während nach der obigen Ausführung der subjective Bestand einer causa praecedens (die Anerkennung der Schuld) zunächst genügen würde, um die cautio aufrecht zu erhalten, so war eine Verwechselung beider sehr leicht möglich und kann namentlich im Munde des Paulus nicht auffallen. Denn wir haben die nämliche Verwechselung schon in einer anderen Stelle desselben, in l. 31 pr. de acq. rer. dom. (S. 12), kennen gelernt, wo er scheinbar auch die Tradition von dem objectiven Bestand einer justa causa praecedens abhängig erklärt. Man wird daher, ohne Paulus zu nahe zu treten, eine ähnliche Verwechselung auch hier unterstellen dürfen. Immerhin aber ist zuzugeben, dass Paulus sich nicht sehr präcis ausgedrückt habe. Und damit wird wieder die Frage, ob die Stelle nicht mehr oder weniger entstellt sei, nahe gelegt, um so mehr, als jedenfalls in dem Schlusssatze: tunc enim etc. die Feder Tribonian's kaum zu verkennen sein möchte.

Die gemeine Ansicht pflegt unter cautio einen einfachen Schuldschein zu verstehen. Je nachdem in diesem zugleich das Rechtsgeschäft, durch welches die Schuld entstanden (die causa debendi), angegeben sei oder nicht, soll die Rückforderung des Scheins (also die Negation der Schuld) nur mittelst Erbringung von Gegenbeweis, oder ohne Weiteres realisirt werden können. Hieraus ist die Lehre von der „cautio indiscreta“ entstanden, dahin gehend, dass ein Schuldschein, in welchem die Angabe des Schuldgrundes fehle, nichts beweise. Wäre das gedachte Verständniss von cautio und deren causa richtig, so würde auch die vorstehende Erklärung vom Standpunkt des römischen Rechts aus keinen Anstoss geben. Eine Schuldurkunde konnte zur Zeit des Paulus nicht als Willensact, sondern nur als Beweismittel im engeren Sinne wirken (S. 102), letzteres aber nur dann, wenn sie das zu beweisende Rechtsgeschäft speciell genug bezeugte, um auf dessen Existenz schliessen zu lassen. Eine Schuldurkunde ohne Angabe des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts konnte also dieses Rechtsgeschäft nicht beweisen. Irrig wäre es dann nur gewesen, dass man die Natur der römischen Schuldurkunde ohne Weiteres in das heutige Recht übertrug. — Es muss jedoch die ganze Grundlage dieser Erklärung, die Uebersetzung von „cautio“ als „einfachen Schuldschein“, aus den oben entwickelten Gründen abgelehnt werden.

Gneist, welcher vollkommen durchschaut, dass es sich hier um eine Stipulationsurkunde handelt, gelangt auf Grund des §. 4 cit. zu dem Resultat, dass der stipulator durch die condictio oder exceptio des promissor jederzeit genöthigt werde, die causa stipulationis nachzuweisen; worunter er nicht nur den objectiven, sondern auch den hier fraglichen subjectiven Bestand der causa versteht.

Wenn auch Gneist's Annahme den Worten des §. 4 cit. auf den ersten Anblick zu entsprechen scheint, so stehen ihr doch andere ziemlich bestimmte Aussprüche entgegen.

Quintilian (instit. orat. IV. c. 2) stellt für die Führung von Rechtssachen folgende Unterweisung auf: Sunt ante omnia quaedam tam breves causae, ut propositionem potius habeant, quam narrationem. Id accidit aliquando utrique parti — (hierfür werden Beispiele aufgestellt). — Acci-

dit aliquando alteri, et saepius ab actore; vel quia satis est proponere, vel quia sic magis expedit. Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento. Diversae partis expositio est, cur non debeatur.

Eine weitere Stelle rührt von Paulus selbst her:

l. 5 §. 1 de act. emti (19, 1): Si falso existimans (heres) se damnatum vendere, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

Wenn jemand seine Sache verkauft hat, und dann, auf deren Ueberlieferung belangt, einwendet, er habe den Verkauf nur zur Befolgung eines vermeintlich bindenden, aber ungültigen Legats abgeschlossen: wer möchte da bezweifeln, dass der Verklagte diesen Einwand, und zwar sowohl die Rückbeziehung des Kaufvertrags auf das Legat, als den Irrthum in der Unterstellung einer Verpflichtung aus solchem, zu beweisen habe? Dieser Fall wird nun mit dem andern verglichen, wo Jemand zur Befolgung eines vermeintlichen Legats eine Sache durch Stipulation versprochen hat; und hierbei werden Kauf und Stipulation völlig gleich gestellt. So wie nun der Verkauf (und ebenso das von Quintilian genannte Legat) an und für sich bindet, ohne dass derjenige, welcher daraus Klage erhebt, noch die Existenz einer ausserhalb liegenden causa beweisen müsste, ebenso muss man dies ohne Zweifel auch von der ihnen völlig gleichgestellten Stipulation annehmen.

In l. 25 de act. emt. (von Julianus) wird uns die Formel einer Exception wider die Klage auf Kaufgeld dahin angegeben: si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est; und es ist oben (S. 74) dargelegt, dass hier eine Klage aus Stipulation mit Wahrscheinlichkeit zu unterstellen sei. Ist das richtig, dann erscheint als der positiv thatsächliche Inhalt der Exception wider die Stipulation die Behauptung: eam pecuniam, qua de agitur, pro ea re peti, quae venit, und es lässt sich doch kaum bezweifeln, dass der Excipient diesen thatsächlichen Grund der Exception (dass also der Stipulation ein Kaufvertrag zu Grunde liege) habe beweisen müssen. [4])

Wir dürfen hiernach annehmen, dass der Stipulation gegenüber im Zweifel der Condicent oder Excipient darzulegen hat, welche causa derselben zu Grunde liege, um dadurch für die Anfechtung der Stipulation wegen objectiven Mangels der causa die Grundlage zu

4) Ein Zweifel liesse sich noch aus l. 56 de pact. entnehmen: Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et justa causa conventionis fuerit, nihilo minus colonus a domino petere potest. Hier wird eine justa causa verlangt, aber nicht als Bedingung der Gültigkeit des pactum de non petendo, sondern als für die Frage von Bedeutung, ob durch das einseitige pactum auch die Gegenansprüche als aufgegeben anzunehmen seien. Dies ist zu verneinen, wenn ein besonderer, ausserhalb des Pachtverhältnisses liegender Grund für das pactum vorhanden war. Die justa causa hat hier also (wie in l. 31 de acq. rer. dom. oder auch l. 13 §. 1 de reb. dub.) nur eine interpretative Bedeutung.

beschaffen.[5]) Dieser Annahme gegenüber wird der l. 25 § de prob. auf den Fall begrenzt, dass beide Theile darüber einig sind, die Stipulation habe für eine entsprechende Valuta vollzogen werden sollen, ohne dass über die Art der Verwirklichung dieser Valuta etwas erhellt.

Gneist's Ansicht hat erheblichen Widerspruch erfahren. Windscheid,[6]) Rudorff,[7]) Savigny[8]) Fitting,[9]) und Arndts[10]) haben sich dagegen erklärt, wobei sie freilich meistens davon ausgehen, dass l. 25 §. 4 überhaupt für unächt und deshalb für wissenschaftlich werthlos zu halten sei.

§. 39.

Anfechtung der Schuldurkunde je nach Verhältniss der causa. — Exceptio n. n. pec. gegen Urkunden.

Ich kehre nun zu der Betrachtung der Fälle zurück, wo die causa stipulationis in subjectiver Beziehung feststand, also namentlich aus der Schuldurkunde sich ergab, deren objectiver Bestand aber bestritten wurde.

War in der Urkunde auf eine bestehende Schuld als causa Bezug genommen, so hatte der Condicent oder Excipient den Beweis der Nichtschuld nach den Grundsätzen der cond. indeb. zu führen.

War dagegen auf eine Thatsache anderer Art als causa sich bezogen, so lag in diesem Verhältniss an sich kein Grund, den Stipulanten von dem Beweis des objectiven Bestandes der causa für befreit zu halten.

Dieses trat am reinsten hervor, wenn die causa als eine noch zukünftige in Bezug genommen, also z. B. für eine noch abzuschliessende Ehe eine dos versprochen war.

Nicht anders war aber das Verhältniss, wenn die Urkunde auf die causa als eine bereits bestehende Bezugnahme, z. B. für eine bereits abgeschlossene Ehe eine dos versprach. Nur vermochte hier der Inhaber der Urkunde den ihm obliegenden Beweis durch die in der Urkunde selbst enthaltene (unächte) Anerkennung der causa mehr oder weniger zu erbringen. (S. 51.)

Eine Erscheinung dieser Art bot auch eine Urkunde dar, welche auf eine Realleistung, also z. B. eine Darlehnszahlung, einfach als geschehen Bezug nahm. Da erfahrungsmässig in dieser Weise auch solche Urkunden ausgestellt werden, welche auf einen gleichzeitigen Austausch von Geld und Verpflichtungsact berechnet sind, so konnte processualisch in einer solchen Urkunde nicht die Anerkennung

5) In gleicher Weise vertheilt Puchta (Kl. Schriften S. 478) die Beweislast über die causa der Cession, wenn es sich um deren Anfechtung ex lege Anastasiana handelt.

6) S. 198. (Pandekten §. 318.)

7) In der Anm. zu Puchta's Inst. III §.. 271. (Desgl. zu Puchta's Pandekten §. 257. Anm. 9.)

8) Obl. R. II. S. 265.

9) Zeitschr. f. Handelsrecht III. S. 293.

10) Pandekten (Aufl. 5) §. 233 No. 7.

einer bestehenden Verbindlichkeit gefunden werden; gerade so, wie ja auch in materieller Beziehung eine stipulatio debiti nur dann angenommen wurde, wenn die Realleistung, auf welche dabei Bezug genommen war, in bestimmter Vergangenheit lag. (S. 43.) Diese Auffassung musste dahin führen, eine Anfechtung solcher Urkunden bezüglich ihrer Verpflichtungskraft nicht etwa blos mittelst Darlegung der irrthümlichen Unterstellung einer bestehenden Schuld, sondern auch schon lediglich mittelst Bestreitens der causa, der Geldzahlung, zu gestatten. Es wurde daher die exceptio n. n. pec. wider sie zugelassen, woneben die parallel gehende Condiction immer mehr in den Hintergrund trat. Die Exception hatte auch hier die Wirkung, dass der Inhaber der Urkunde auf deren formelle Verpflichtungskraft nicht anders sich stützen konnte, als soweit zugleich die Auszahlung des Geldes bewiesen vorlag.

Es entsteht aber die Frage, ob sich nicht derselbe zu diesem Beweise auf die Empfangsbescheinigung in der Urkunde selbst habe berufen können?

Die gemeine Ansicht verneint dies, indem sie annimmt, die exc. n. n. p. habe der Empfangsbescheinigung die beweisende Kraft benommen.

Ich halte diese Ansicht für irrig; glaube vielmehr, dass die Urkunde die in ihr bescheinigte Geldzahlung, gerade wie jede andere Urkunde das in ihr vom Aussteller wider sich Bezeugte, glaubhaft gemacht, d. h. bis auf geführten Beweis des Gegentheils bewiesen habe. Diese Annahme weicht jedoch von der gemeinen Lehre so erheblich ab, dass eine ausführliche Rechtfertigung nicht erübrigt werden kann. Es soll diese am Schluss des Buches in einem Anhange versucht, hier aber auf eine kurze Zusammenstellung der Resultate sich beschränkt werden.

War auch die exc. n. n. p. ein aus allgemeinen Grundsätzen organisch hervorgegangenes Institut, so erwies sich doch ihre unbegrenzte Zulassung als praktisch gefährlich. Sie wurde deshalb auf eine gewisse Zeit beschränkt, anfangs auf fünf Jahre, später auf noch kürzere Fristen. Hierdurch gewann die Exception an Eigenthümlichkeit und schied sich aus dem allgemeinen Begriff der exc. doli aus.

Die Anwendung der Exception auf einfache Schuldscheine beruhte auf der Assimilation der letzteren mit den Stipulationsurkunden. Auch hier beseitigt die Exception nur die formelle Verpflichtungskraft des in der Urkunde enthaltenen Zahlungsversprechens, nicht die materielle Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses.

Die Anwendung der Exception auf Quittungen fand statt, nachdem mit Aufhören des Formularprocesses die Anfechtung der Acceptilation durch Replik möglich geworden war, und nachdem die einfache Quittung sich der Acceptilation assimilirt hatte.

Einen Eingriff in die Beweislehre hat die Exception niemals geübt.

II. Heutiges Recht.

Capitel VII.

Natur der heutigen Verträge.

§. 40.

Materielle Verträge.

Der Grundcharakter des römischen Obligationenrechts, welcher in dem Satz: „nudum pactum obligationem non parit“ seinen Ausdruck fand, hat heutzutage dem entgegengesetzten Principe Platz gemacht, welches wir als das der Klagbarkeit aller Verträge bezeichnen. Es kommt hier nicht darauf an, zu untersuchen, auf welchen Grund diese wichtige Veränderung zurückzuführen sei. Wohl aber ist es von Interesse zu erfahren, welche Natur die heutigen Verträge dadurch, dass sie unter jene allgemeine Rechtsregel fallen, annehmen.

Es herrscht über diese Frage, wenigstens nach der Art ihrer Beantwortung bei den Theoretikern, nichts weniger als Uebereinstimmung. Während einige sagen, durch den gedachten Grundsatz haben unsere heutigen Verträge allgemein den Charakter der Consensualcontracte angenommen, andere neben den Consensualcontracten auch noch die Realcontracte bestehen lassen wollen, sagen wieder andere, heutzutage komme allen einfachen Verträgen die Bedeutung der Stipulation zu; und endlich wird hier und da die Sache so behandelt, als seien alle diese Ausdrucksweisen gleichbedeutend.

Es muss vor Allem der letzten Anschauung widersprochen werden. Wäre es richtig, dass heutzutage alle einfachen Verträge die Bedeutung der Stipulation hätten, so würden damit alle s. g. materiellen Verträge aufgehört haben zu existiren. Der Kaufvertrag würde sich in einen Austausch von zwei Stipulationen, das Darlehn in einen Austausch von einer Geldzahlung und einem abstracten Zahlungsversprechen, der Schenkvertrag in die Schenkung einer abstracten Forderung, ähnlich der Schenkung eines eigenen Wechsels, umwandeln. Die Grundsätze für die rechtliche Beurtheilung aller dieser Obligationen aber würden wir in der Stipula-

tionslehre, in den übrigen Lehren des Obligationenrechts dagegen nur insoweit zu suchen haben, als sich die Grundsätze der materiellen Contracte auch im Gebiet der Stipulationen exceptionsweise Wege gebahnt haben.

Wenn umgekehrt gesagt wird: alle unsere Verträge seien heutzutage Consensualverträge oder auch Consensual- und Realverträge, so pflegt dies so verstanden zu werden, dass die heutigen Verträge lediglich den Charakter der römischen materiellen Verträge annehmen.[1] Dieser Charakter besteht aber in der Ungetrenntheit des, die einzelne Verpflichtung begründenden Versprechens von seinem Rechtsgrunde, in dem συνάλλαγμα (§. 5). Es würden mithin alle diejenigen Vertragsverhältnisse aus unserm Rechtsverkehr ausgeschieden sein, bei welchen das verpflichtende Versprechen in nothwendiger Trennung von seinem Rechtsgrunde sich befindet und welche deshalb bei den Römern nur durch Stipulation bewirkt werden konnten, als da sind: Expromission, Delegation, Novation etc.

Weder die eine noch die andere Folge möchte in der Absicht der oben erwähnten Ausdrucksweisen liegen. Vielmehr glaube ich nicht allzu erheblichen Widerspruch zu erfahren, wenn ich die einschlagenden Verhältnisse in folgender Weise darstelle.

Denken wir, es erhöbe Jemand folgende Klage: „Der Verklagte hat mir bei einer gewissen Gelegenheit das meinerseits angenommene Versprechen ertheilt, mir 100 Thlr. zu zahlen; ich bitte ihn hierzu zu verurtheilen.“ Würde diese Klage für begründet zu halten sein? — Nicht ohne Schein könnte gesagt werden: es ist hier „eine Vereinigung des Klägers und Verklagten zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch unter ihnen eine Obligation entstehen soll,“ mithin ein Vertrag[2] genügend behauptet; heutzutage sind alle Verträge klagbar, folglich ist die Klage begründet. Gleichwohl würde nicht leicht ein Gericht diese Klage zulassen; und ich glaube von Rechtswegen. Das dort behauptete einfache Versprechen stellt sich sofort als etwas psychologisch Unvollendetes dar; es muss nothwendig ein dasselbe bestimmender Rechtsgrund unterstellt werden. Im natürlichen Bestande der Obligation, (welcher, als das Ursprüngliche, zunächst vermuthet werden muss), hat nun das einfache Versprechen kein von seinem Rechtsgrunde getrenntes, selbständiges Dasein; es bildet vielmehr nur mit diesem zusammen denjenigen Willensact, welchen wir Vertrag nennen. Das Unrichtige in dem obigen Schlusse, welcher die Klage als begründet hinstellte, liegt also darin, dass dasjenige, was nur ein einzelnes Willensmoment, nur das Glied eines Vertrags ist, für einen ganzen Vertrag gehalten wurde. Zum Begriffe des letzteren gehört eine Willenseinigung, welche sich zugleich als eine in sich vollendete und abgeschlossene darstellt.

Die unmittelbare Folge hiervon ist, dass auch heutzutage das einfache Versprechen, so lange es dem natürlichen Bestande der Obligation

1) Wenigstens ist mir nicht bekannt, dass Jemand jenen Satz mit Bestimmtheit in einem anderen allgemeineren Sinne (vergl. S. 128) aufgestellt hätte. So z. B. v. d. Pfordten Abhandl. S. 292, 299.

2) Vergl. Savigny Obl. R. II. S. 8.

angehört (S. 14), nicht für sich, sondern nur unter Darlegung des Gesammtvertrags, in welchem es enthalten ist, processualisch geltend gemacht werden kann [3]) (S. 15). Dies ist praktisch sehr wichtig. Das Versprechen, 100 Thaler zu geben, gewinnt eine ganz verschiedene Bedeutung je nachdem es einem Schenk-, einem Darlehn- oder Kaufvertrag angehört. Im ersteren Falle bedarf es zur Klagbegründung nichts weiter, als des mit der Bestimmung einer Schenkung ertheilten Versprechens. Beim Darlehnsvertrag aber ist die Wirksamkeit des Versprechens durch die Auszahlung des Geldes bedingt, und es ist deshalb auch die letztere nachzuweisen. Beim Kaufvertrag hängt die Wirksamkeit jenes Versprechens von dem wirksamen Bestande des Gegenversprechens einer Waare ab, und ersteres stellt sich daher sofort als unwirksam dar, wenn z. B. das Gegenversprechen auf das habere licere einer res extra commercium oder einer eigenen Sache des Käufers gerichtet wäre. Ueberdies kann beim Kauf die Realisirung des Versprechens erst begehrt werden, wenn der Kläger das von ihm geleistete Gegenversprechen erfüllt oder dessen Erfüllung vergeblich angeboten hat. Alle diese Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit seines Anspruchs muss der Kläger erbringen, und er kann sich dieser processualischen Pflicht nicht dadurch entschlagen, dass er das vom Verklagten geleistete Versprechen aus dem Zusammenhange losreisst und für sich allein geltend zu machen versucht.

Die hier dargestellten Verhältnisse treten am unzweifelhaftesten bei denjenigen Verträgen hervor, welche wir in bestimmt ausgeprägter Form aus dem röm. Recht überkommen haben. Niemand wird zweifeln, dass Kauf und Miethe, Darlehn und Depositum, kurz alle s. g. benannten Verträge noch völlig die Natur haben, welche die röm. Lehre ihnen zuweist; und diese ist es gerade, welche in dem Obigen geschildert wurde.

Dieselbe Natur muss aber auch denjenigen Verträgen beigemessen werden, durch welche ein Austausch von Leistungen nach den Formeln der röm. s. g. unbenannten Verträge (do ut des etc.) verabredet wird, und deren Rechtsverbindlichkeit heutzutage nicht erst durch Erfüllung, sondern schon in Folge der auf gegenseitige Verpflichtung gerichteten Willenseinigung eintritt. Auf diesem Gebiete haben sich die Consensualverträge organisch weitergebildet. Die gegenseitige Zusage eines Tausches ist daher im heutigen Recht nicht eine Combination zweier selbständiger, der Stipulation ähnlicher, Versprechen; sie bildet vielmehr ein dem Kaufvertrag analoges einheitliches Vertragsverhältniss. Und eben dies gilt auch von allen anderen Verträgen dieser Art. [4])

3) Man kann dies auch so ausdrücken, jeder Vertrag bildet, wenigstens seinem Hauptinhalte nach, eine juristisch untheilbare Thatsache. Darauf beruht es z. B., dass die Behauptung, ein Vertrag sei nicht pure, sondern unter einer Suspensivbedingung abgeschlossen, juristisch als ein Leugnen (negat. Litiscontestation) sich darstellt, indem in der Suspensivbedingung in der Regel ein den Hauptinhalt des Vertrags unmittelbar modificirender Zusatz enthalten ist, während eine beigefügte Resolutivbedingung (mittelst welcher der zur Vollziehung gelangende Vertrag wieder rückgängig gemacht werden soll) die Natur eines mehr selbständigen Nebenvertrags annimmt, und deshalb von dem, der sie behauptet, als Einrede zu erweisen ist.

4) Vergl. übrigens oben §. 18 N. 14.

Dem solchergestalt erweiterten Gebiete der Consensualverträge gegenüber bewahren die Realverträge auch heute noch insofern ihre Eigenthümlichkeit, als bei ihnen Leistung und Gegenleistung in nothwendig consecutivem Verhältniss stehen und daher die Obligation auf die Gegenleistung durch die Vorleistung absolut bedingt ist. Wenn daher auch die Hingabe eines Darlehns in voraus verabredet war, so kann doch nicht schon aus dieser Verabredung, sondern nur aus der wirklichen Hingabe auf Rückzahlung geklagt werden. Aber die Realverträge werden in dieser Beziehung von den Consensualverträgen durch keine feste Grenzlinie getrennt. Auch der Mandatar und socius ist zur Erstattung überwiesener Einahmen in der Regel nur dann verpflichtet, wenn er sie wirklich gemacht hat. Und selbst beim Kauf und den analogen Verträgen ist die Klagbarkeit durch die exceptio non adimpleti contractus in gewissem Masse an ein reales Element geknüpft.

Gemeinsam aber allen hier betrachteten Obligationen ist die völlige Abhängigkeit des obligatorischen Versprechens von seinem Rechtsgrunde, mag dieser nun in einem Gegenversprechen oder in einer reellen Leistung bestehen.

§. 41.

Formelle Verträge.

Diese innige Verbindung des obligatorischen Versprechens mit seinem Rechtsgrunde muss auf den vermuthlichen Willen der Contrahenten zurückgeführt werden, für dessen Verständniss die römischen materiellen Contracte die positive Grundlage abgeben. Ist aber überhaupt die freie Bewegung des Willens das Grundprincip des heutigen Obligationenrechts, so muss dieser Wille auch die Fähigkeit haben, jene Verbindung aufzugeben und das einfache Versprechen isolirt zu einem vollendeten Vertrage zu erheben. Denn im römischen Rechte hatte er diese Fähigkeit unzweifelhaft im Wege der Formalcontracte; dem von Formen entfesselten Willen kann aber keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen. [1])

Denken wir, zwei Rechtsgelehrte, die der Bedeutung der Stipulation völlig mächtig wären, kämen ernstlich überein, eine Verpflichtung unter sich durch Stipulation festzustellen und gingen demgemäss eine solche über 100 Thlr. in untadelhafter Form ein. Würde hieraus geklagt werden können? Auch hier läge nur ein einfaches Versprechen vor, und man könnte deshalb versucht sein, die Klagbarkeit desselben wie in dem obigen Falle (S. 122) zu verneinen. Gleichwohl würde ich dies für unrichtig halten. [2]) Bei der Stipulation ist der Wille darauf gerichtet, ein Forderungsrecht unter Abstraction von seinem Rechtsgrund zu begründen. Dass dieses ein unerlaubter oder unvernünftiger und deshalb des Rechtsschutzes un-

1) Mit anderen Worten: für die Wirksamkeit der röm. Formalcontracte war die positive Form nicht die ausa efficiens, sondern nur die conditio sine qua non; diese letztere ist hinweggefallen, der Wille, als causa efficiens, ist übrig geblieben.

2) Uebereinstimmend hiermit Savigny (Obl. R. II. S. 244), der dasselbe Beispiel in etwas anderer Weise benutzt.

fähiger Wille sei, wird Niemand behaupten wollen. [2a]) Dieser Wille hätte sich nun einer Form bemächtigt, welche nach dem subjectiven Verständniss der handelnden Personen als unzweifelhafter Ausdruck desselben sich darstellt. Es läge daher nicht der geringste Grund vor, jener Stipulation Wirksamkeit zu versagen.

Ist hiernach der abstracte Wille, welcher die Stipulation charakterisirt, an sich auch noch heutzutage fähig, selbständig aufzutreten, so fragt sich nur, ob dadurch, dass die gedachte Form bei uns nicht in Gebrauch ist, es jenem Willen an jeder anderen Form gebricht, um zur rechtlichen Existenz zu gelangen?

Niemand trägt Bedenken, dem formlosen [2b]) einfachen Versprechen die Wirkung der Stipulation beizulegen in denjenigen Verhältnissen, wo das Versprechen seinen Rechtsgrund aus den Verhältnissen zu Dritten entnimmt (§. 7). Expromission, Delegation, Fidejussion gelten für völlig praktische, der formlosen Eingehung fähige Verträge, obgleich sie römisch rechtlich nur durch Stipulation eingegangen werden konnten. Wenn A. dem B. auf Anweisung des C. 100 Thlr. verspricht, so hält man dieses Versprechen für klagbar, ohne nach dessen Rechtsgründen zu fragen, welche in dem jeseitigen Verhältnisse des A. und des B. zu C. gelegen sind. Allerdings ergeben hier die Umstände sehr klar die Absicht, das Versprechen von seinem Rechtsgrunde zu isoliren und zu einem selbständigen Vertrage zu erheben.

Weit weniger im Klaren ist man über den heutigen Bestand derjenigen Stipulationen, welche aus dem Verhältniss zwischen den Contrahenten selbst ihre causa entnehmen. Zwar wird in allen Lehrbüchern die Novation [3]) als ein noch praktisches Institut aufgeführt und gesagt, dass sie heutzutage durch formlosen Vertrag stattfinde. Dabei denkt man aber gewöhnlich an eine vertragsmässige Umwandlung des Gegenstandes der Obligation, und weiss deshalb mit der (in diesem Sinne gar nicht gegebenen) Vorschrift in c. 8 de novat. nicht fertig zu werden. Was für eine Bedeutung eine Novation habe, welche sowohl Personen als Object unverändert lässt, und wie eine solche heutzutage vorkommen könne, darüber findet man meist sehr unklare Ansichten. Vor allem aber scheint die accessorische Stipulation als praktischer Begriff völlig verschwunden zu sein; wenigstens ist mir kein Schriftsteller bekannt, der darlegte, in welchen heutigen Verhältnissen eine „novatio cumulativa“ wieder zu finden sei. Und doch enthielt diese Stipulation das Grund-

2a) Bedürfte dieser Satz noch einer Bestätigung, so läge sie darin, dass ja schon die Römer die Stipulation als dem jus gentium angehörig betrachteten.

2b) Ich behalte diesen nun einmal üblichen Ausdruck bei, obwohl er incorrect ist. Denn es soll damit nicht der Mangel jeglicher Form, sondern nur die Gleichgültigkeit der gewählten Form bezeichnet werden. Wirklich formlose Verträge giebt es nicht; jeder Vertrag muss irgend eine Form haben, durch welche er in die äussere Erscheinung tritt und welche seinen Inhalt zum Abschluss bringt.

3) „Novatio simplex“, zum Unterschied von der mit Personenveränderung verbundenen, benannt.

element für eine der wichtigsten römischen Lehren, für das Cautionswesen. [4])

Und sollten denn, bei unzweifelhaftem Bedürfniss, nicht auch die Mittel zu dessen Befriedigung sich gefunden haben? —

In der That haben wir Verträge, welche in gleicher Weise, wie die Stipulation, das Bedürfniss processualischer Sicherung befriedigen.

Als solche bezeichne ich:

das s. g. Abrechnungsgeschäft;

die einfache, auf Feststellung des Bestandes oder Nichtbestandes einer Schuld gerichtete Anerkennungs-Erklärung:

die Rechnungsstellung;

und mit diesen Geschäften parallel gehend aus dem Handelsrechte:

das kaufmännische Gutschreiben, die Saldoziehung und Contocorrentstellung,

sodann aber: gleichsam als Spitze dieser ganzen Klasse von Rechtsgeschäften,

Schuldschein und Quittung,

welchen wiederum als Parallele im kaufmännischen Verkehr

der Wechsel

zur Seite steht.

Von diesen Rechtsgeschäften ist der Wechsel als Vertrag, und zwar als formeller Vertrag, niemals verkannt worden. Aber auch alle übrigen genannten sind wahre Verträge, welche man insofern als formelle Verträge bezeichnen kann, als sie den ihren materiellen Bestand ausmachenden Rechtsstoff nicht in sich selbst tragen. Vielmehr ist in ihnen ein einseitiges Schuldversprechen (oder ein Schulderlass), losgetrennt von seinem materiellen Rechtsgrunde, zur processualischen Selbstständigkeit erhoben. [5]) Sie theilen insofern die negativ-formelle Natur der Stipulation, der Acceptilation und des pactum de non petendo.

Wenn für diese Verträge die Grundsätze von den römischen Formalobligationen zur Anwendung gebracht werden sollen, so beruht dies auf der Betrachtung, dass wir, da dem heutigen Obligationenrechte die römische Lehre im Allgemeinen zu Grunde liegt, von dieser Grundlage nicht willkürlich uns losreissen können, sondern jederzeit zu ihr zurückkehren müssen, um darin die unserm Rechtszustand verwandten Elemente aufzusuchen. Dabei sollen aber die römischen Sätze nicht blindlings als Norm aufgestellt, vielmehr jene Lehre mehr als wissenschaftliche Autorität benutzt werden, welche zu der richtigen Erkenntniss des heutigen Rechts

4) Der obige Absatz bezeichnet den Stand der Lehre zur Zeit des ersten Erscheinens dieser Schrift. Seitdem ist freilich vielfach über jene Dinge gehandelt, aber doch wohl noch nicht allseitige Klarheit erzielt worden.

5) Wenn im Gegensatz hierzu neuere Schriftseller sagen, „der Anerkennungsvertrag sei ein materieller Vertrag,“ weil in ihm das Schuldversprechen keineswegs losgetrennt von seinem materiellen Rechtsgrunde erscheine, so verstehen sie unter der „Lostrennung“ etwas Unrichtiges, nämlich ein Verschwinden in der äusseren Erscheinug des Vertrags, was in dieser Beziehung ganz unwesentlich ist. (Vergl. S. 18.) Wird aber weiter aus jener Aufstellung gefolgert, der materielle Rechtsgrund dürfe auch nicht, wenn anders der Anerkenungsvertrag klagbar sein sollte, in dessen äusseren Erscheinung verschwinden, so ist das eben petitio principii.

befähigt. Hierzu ist dieselbe namentlich deshalb geeignet, weil der dort stets sichtbar gehaltene Gegensatz von jus strictum und aequitas in die Verhältnisse eine Klarheit bringt, wie sie auf keinem anderen Wege zu erreichen steht. In der Stipulation an und für sich war das Extrem des Formalismus, die absolute Abstraction, versinnlicht. Aber von ihr leiteten die Principien der aequitas bis zu einem gewissen Masse auf die materielle Grundlage zurück. Bei uns bildet umgekehrt das materielle Princip den Ausgangspunkt, und von hier aus ringt sich das Bedürfniss nach schützenden Formen los und dringt bis zu einem gewissen Grade von Formalismus durch. Auf diese Weise treffen römisches und heutiges Recht in derjenigen Mitte zusammen, welche dem wahren Bedürfnisse des Lebens entspricht. Aber es fehlt uns die Form, welche die auch unseren Rechtsgeschäften zu Grunde liegende Abstraction zum vollen Bewusstsein bringt; es fehlt uns jener lichte Bau, welcher, einer algebraischen Formel gleich, die Resultate darstellt, ohne die Elemente zu zerstören. Und dieser Mangel ist es, was die richtige Beurtheilung jener Rechtsgeschäfte bisher mehr zum Ergebnisse eines unbestimmten Gefühls, als klarer Einsicht gemacht hat.

§. 42.

Causa der Verträge.

Ueberblicken wir nochmals unser neueres Vertragssystem, so müssen wir anerkennen, dass auch noch heutzutage der Unterschied zwischen materiellen und formellen Verträgen besteht; eine Eintheilung, welche der römischen insofern entspricht, als bei jenen das einfache Versprechen nur in Verbindung mit seinem Rechtsgrund, bei diesen losgetrennt von dieser Verbindung zur Geltung kommt. Innerhalb dieser Gebiete aber sind die römischen positiven Schranken und Formen gefallen; überall herrscht im heutigen Obligationenrecht der frei sich bethätigende Wille. Sollte man in diesem Sinne alle heutigen Verträge als Consensualverträge bezeichnen wollen, so würde hiergegen zwar nichts einzuwenden, damit aber nicht viel mehr gewonnen sein, als mit der Erkenntniss, dass auch alle römischen Contracte auf consensus beruhen. (S. 15 Note 2.)

Man hört nicht selten in Theorie und Praxis den Satz aufstellen: jeder Vertrag müsse, um klagbar zu sein, eine causa haben. [1]) Dieser Satz in seiner Vieldeutigkeit ist sehr geeignet, die klare Einsicht zu beirren. Verstände man darunter, dass das einfache Versprechen niemals für sich bestehen könne, sondern subjectiv immer durch einen Rechtsgrund bestimmt werde, so wäre das richtig; nur sollte man in diesem Sinne die causa nicht zu den „Erfordernissen" zählen, so wenig als man sagen wird, es sei ein Erforderniss jedes Triangels, dass seine Winkel zusammen zwei rechte ausmachen. — Will man damit sagen, im Gebiet der materiellen Verträge könne das einfache Versprechen nur in Ver-

1) Vergl. Puchta Pand. §. 257. Vorl. II. S. 78. Sintenis Civilr. II. §. 96, Note 25. Gerber, Deutsch. Privatrecht §. 158. — Auch in den Code civil (art. 1108) hat sich jener Satz verirrt. Er wird aber dort wieder neutralisirt durch art. 1132: La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit exprimée.

bindung mit seinem Rechtsgrund Geltung finden, so ist auch dies richtig; unrichtig aber die Ausdrucksweise, welche das hier fragliche einfache Versprechen als „Vertrag“ und dessen Rechtsgrund als „causa“ bezeichnet. Oder hätte etwa der Käufer, welcher eine nicht existirende Sache gekauft hat, sein im Kaufvertrage enthaltenes Versprechen des Preises mit der condictio sine causa anzufechten? — Will man endlich mit jenem Satz ausdrücken, die formellen Verträge seien in ihrer Gültigkeit von dem objectiven Bestande ihrer causa abhängig, so ist dies nur sehr relativ wahr, insoweit nämlich, als der Bestand der causa im Sinne des römischen Exceptionenrechts für die Wirksamkeit jener Verträge von Bedeutung wird.

Bemerkenswerth sind die Aeusserungen eines Schriftstellers, der durch sein tieferes Eindringen in die Natur des Wechsels der diesseitigen Ansicht ziemlich nahe kommt. Thöl [2]) nimmt von dem, auch seinerseits für Verträge im Allgemeinen angenommenen, Erforderniss einer materiellen causa den Wechselvertrag aus, da er ein „Summenversprechen“ sei. Hierzu bemerkt er: „Das Rechtsinstitut des Summenversprechens ist bisher nicht gehörig beachtet worden. Es kommt in einer dreifachen Anwendung (ob in noch weiteren?) vor, in dem Accept einer Anweisung, beim Papiergeld und in den vier Formen des Wechselversprechens. In dieser dreifachen Art kommt das Summenversprechen als ein gültiges Versprechen, also als Rechtsinstitut vor.“ Nach der Art, wie Thöl später (§. 181—185) den Begriff des Summenversprechens entwickelt, lässt sich nicht zweifeln, dass er dabei den formellen Vertrag, welcher ein abstractes Forderungsrecht überträgt, im Sinne hat, ein Begriff, der freilich durch jenen neugeschaffenen Namen nur äusserlich, nicht seiner inneren Natur nach bezeichnet wird. Auch liegt in der von ihm hingeworfenen Frage: „ob noch in weiteren?“ die Ahnung einer grösseren Ausdehnung jenes Instituts. Aber die Lehre ist bei ihm nicht zum Durchbruch gekommen. Er hätte sich nur fragen sollen, warum der Wechsel, warum vor Allem die acceptirte Anweisung, bei der man sich doch nicht durch eine positive Form täuschen lassen kann, ohne ersichtliche causa klagbar sei, (im Gegensatz z. B. zu dem Darlehn- oder Schenkvertrage über eine Geldsumme, welche ja auch das „Versprechen einer Summe ohne Gegenversprechen“ enthalten)? Diese Frage würde ihn weiter geführt haben. Wenn das Accept einer der Wechselform entkleideten Tratte — denn das ist die acceptirte Anweisung — ein ohne ersichtliche causa klagbares Rechtsgeschäft bildet: warum soll denn der, der Wechselform entkleidete Solawechsel, d. h. die cautio indiscreta, keine Klage begründen? Ist diese nicht etwa auch ein bloses „Summenversprechen“?

2) Handelsrecht II. §. 149.

Capitel VIII.

Der Anerkennungsvertrag.

§. 43.

Die Anerkennung als Element der heutigen formellen Verträge.

Den S. 126 bezeichneten Verträgen liegt als gemeinschaftliches Element die Anerkennung des Bestandes oder Nichtbestandes eines Schuldverhältnisses, und zwar in der Regel eine ächte Anerkennung zu Grunde.

Wir haben die Bedeutung der ächten Anerkennung oben (§. 20) aus den Grundsätzen der condictio indebiti entwickelt. Wir lernten sie als ein Willensmoment kennen, welches in seiner Bethätigung durch eine vollendete Vermögensübertragung den Bestand des Obligationsverhältnisses formell feststellt.

In diesem Sinne bildet die Anerkennung zunächst ein Element der Zahlung (§. 19 u. 20).

In gleicher Weise, wie in der Zahlung, bethätigt sich dieselbe in dem Compensationsvertrag, d. h. in der Uebereinkunft zweier Personen, dass gewisse gegenseitig ihnen zustehende Forderungen wider einander aufgerechnet sein sollen. Dieser Vertrag beruht auf einer fingirten beiderseitigen Zahlung.[1]) Wenn A. und B. die Aufrechnung ihrer Forderungen verabreden, so wird dies so angesehen, als ob sie das Geld wirklich hin- und hergezahlt hätten. Diese unnütze Formalität ist ihnen gesetzlich erlassen. Daher tilgte der Compensationsvertrag, obwohl nudum pactum, doch, wie ich glaube, die beiderseitigen Forderungen ipso jure. Weiter aber knüpft sich an diese Auffassung die wichtige Folge: der Compensationsvertrag hat keine synallagmatische Natur, d. h. die beiderseitigen Anerkennungen sind von einander eben so unabhängig, als sie es sein würden, wenn wirklich hin- und hergezahlt wäre. Wenn also A. später entdeckt, dass er nichts schuldig gewesen sei, und deshalb die im Compensationsvertrag enthaltene Anerkennung seiner Schuld anficht, so ist nichts destoweniger B. an die Anerkennung seiner Schuld gebunden, wenn er diese nicht auch seinerseits anzufechten vermag. A. braucht daher, um den Betrag seiner compensirten Forderung nachträglich zu erlangen, nur seine zur Compensation benutzte Schuld als ein indebitum nachzuweisen, nicht aber auch die Schuld des B. neuerdings zu begründen; denn diese Begründung wird durch die bei der Compensation bethätigte Anerkennung ersetzt. Dass übrigens der Compensationsvertrag nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti angefochten werden könne, wird ausdrücklich in den Gesetzen angedeutet. [2])

1) l. 4 qui potior. 20, 4. l. 76 de V. S. Donnell Comm. XIV. c. 15. Puchta Pand. §. 288. Dernburg, Compensation §. 52.

2) c. 11 §. 1 de resc. vend. 4, 44 (— si pretium — per errorem facti compensari cautum fuerit).

Weiter kann sich die ächte Anerkennung bethätigen in Abschliessung eines materiellen (auf gegenseitige Leistungen gerichteten) Vertrags. Ein Beispiel hierfür haben wir schon in der l. 5 §. 1 de act. emti (S. 19 u. 118) kennen gelernt, wo Jemand zur Befolgung einer testamentarischen Auflage eine Sache verkauft. Ein weiteres Beispiel gewährt l. 31 §. 17 de aed. edicto (21, 1):

In factum actio competit ad pretium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit; in qua non hoc quaeritur, an mancipium in causa redhibitionis fuerit, sed hoc tantum, an sit redhibitum. Nec immerito; iniquum est enim, posteaquam venditor agnovit recipiendo mancipium, esse in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi, an non debuerit; nec de tempore quaeritur, an intra tempora redhibitus esse videatur. (§. 18) Illud plane haec actio exigit, ut sit redhibitus, ceterum nisi fuerit redhibitus, deficit ista actio, etiamsi nudo consensu placuerit, ut redhibeatur; conventio ergo de redhibendo non facit locum huic actioni, sed ipsa redhibitio.

Der Verkäufer, welcher durch Wiederannahme der verkauften Sache die Redhibitionspflicht anerkannt hat, kann sich der Rückerstattung des Preises nicht entschlagen. Er haftet kraft einer actio in factum (praescriptis verbis), wobei es nicht weiter darauf ankommt, ob die Redhibition an sich begründet gewesen sei oder nicht. Hier war also die Anerkennung durch Eingehung eines s. g. Innominatcontractes bethätigt. Die nuda conventio soll aber hierzu nicht genügen. Für das heutige Recht kann es keinem Zweifel unterliegen, dass auch die nuda conventio dieselbe Wirkung hervorbringe, wie das römische do ut des, so dass also, wenn auf Anfordern des Käufers der Verkäufer sich bereit erklärt, die Waare wegen eines Fehlers zurückzunehmen, diese die Redhibitionspflicht anerkennende Zusage genügt, um die Klage des Käufers auf Rückzahlung des Preises gegen Rückgabe der Waare zu begründen.

Weit häufiger wird Veranlassung sein, dass der Bestand oder Nichtbestand einer einseitigen Verpflichtung durch Anerkennung sicher gestellt werde, und hier bedarf die Anerkennung zu ihrer Bethätigung des formellen Vertrags. Heutzutage dienen hierzu die oben bezeichneten Vertragsformen.

Man kann diese Verträge, da sie aus der Anerkennung eines ausser ihnen liegenden Rechtsverhältnisses ausschliesslich ihr materielles Element entnehmen und deshalb auch schon in ihrer äusseren Erscheinung auf solche hinweisen, als Anerkennungsverträge bezeichnen.

Diese Verträge gehören fast durchgängig dem Gebiete der Obligationen an. Man fehlt daher nicht wesentlich, wenn man den Anerkennungsvertrag zu den obligatorischen Verträgen rechnet. Derselbe scheidet sich wieder, je nachdem er auf Feststellung des Bestandes oder des Nichtbestandes eines Schuldverhältnisses gerichtet ist, in den (im engeren Sinne) obligatorischen und in den liberatorischen Anerkennungsvertrag.

Für den obligatorischen Anerkennungsvertrag kann die Stipulation, wie wir sie im röm. Rechte ausgebildet finden, fast in allen Beziehungen zum Anhaltspunkte dienen.

Was dagegen den heutigen liberatorischen Anerkennungsvertrag betrifft, so bedarf dessen Verhältniss zu der Acceptilation und dem pactum de non petendo noch einiger Besprechung. Es ist oben (S. 87 u. 92 Note 6) der Zweifel erörtert, ob und in wie weit Acceptilation und pactum de non petendo im Sinne des classischen Rechtes als Sicherungsmittel auch für den Nichtbestand einer ipso jure unwirksamen Obligation gegolten haben. Wie man auch hierüber denken mag, für das heutige Recht kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sich der liberatorische Anerkennungsvertrag keineswegs auf exceptionsweise beseitigte Obligationen beschränkt, indem in diesem Sinne der Unterschied zwischen der Aufhebung ipso jure und ope exceptionis uns völlig fremd geworden ist. Kann auch durch den liberatorischen Anerkennungsvertrag nicht eine neue Lösung der bereits getilgten Forderung bewirkt werden, so bildet derselbe doch ein selbständiges Beweisobject, dessen Wirksamkeit zu Tage tritt, wenn der ursprüngliche Tilgungsact nicht erwiesen werden kann. Im Sinne unseres Processes begründet daher der liberatorische Anerkennungsvertrag eine neue Einrede, die dem materiellen Verhältnisse, aus welchem der Nichtbestand der Forderung abgeleitet wird, accessorisch hinzutritt und aus diesem ihre causa entnimmt.

Eine andere Frage stellt sich dahin auf, ob dem heutigen liberatorischen Anerkennungsvertrage die Wirkungen der Acceptilation oder das pactum de non petendo beizumessen seien? — In dieser Beziehung fehlt es unserem Rechte an der positiven Form der Acceptilation, aus deren Anwendung oder Nichtanwendung sich verschiedene rechtliche Folgen mit Sicherheit entnehmen liessen. Es wird daher in jedem einzelnen Falle auf den Willen der Betheiligten ankommen, wie er sich in der concreten Form des Anerkennungsvertrages ausspricht. Insbesondere wird da, wo die Anerkennung sich auf einen den objectiven Bestand der Obligation tilgenden Act bezieht, auch dem Anerkennungsvertrag die Bedeutung der Acceptilation nicht zu versagen sein. Eine Regel, dass der liberatorische Anerkennungsvertrag im Zweifel als pactum de non pet. aufzufassen sei, liesse sich nur etwa insofern aufstellen, als bei Zweifelhaftigkeit des Ausdrucks für das geringere Aufgeben von Rechten vermuthet werden muss. In den meisten und wichtigsten Fällen wird aber der Anerkennungsvertrag die Natur der Acceptilation annehmen. [3]). Dies gilt namentlich von der Quittung; so dass z. B. die Quittirung einer passiven Correalobligation, gleich der Acceptilation, allen correis zu Gute kommt.

§. 44.

Die Anerkennungserklärung als Anerkennungsvertrag.

Bei den römischen Verträgen pflegte die Anerkennung im Verhältniss zu der sehr entschiedenen Form des Rechtsactes, welchem sie zur Grundlage diente, in den Hintergrund zu treten. Bei uns haben die römischen

3) Vergl. über diese Frage Savigny Obl. R. I. S. 178. — Unpassend ist es, die hier besprochene Frage so zu stellen: ob der heutige Nachlassvertrag ipso jure oder ope exceptionis wirke? — eine Frage, die für das heutige Recht keinen Sinn hat.

Vertragsformen der einfachen Willenseinigung Platz gemacht. Diese kann allerdings ausdrücklich geschehen. Der Verkäufer welcher seine Redhibitionspflicht anerkennt, kann mit dem Käufer einen förmlichen Vertrag schliessen, worin dieser die Sache, jener den Preis zurückzugeben verspricht. Die aus einem Vertragsverhältniss rückständige einseitige Verbindlichkeit kann durch ein ausdrücklich ertheiltes und angenommenes Zahlungsversprechen zu einem neuen Vertrage erhoben werden. Aber der formlos wirkende Willen kann auch in schwächere Form sich einkleiden, und namentlich schon durch die Erklärung der Anerkennung sich erweisen, wenn diese in einer Weise geschieht, dass dadurch die auf Feststellung des Rechtsverhältnisses gerichtete Willenseinigung sich ergiebt. So kommt es, dass heute oftmals gerade das umgekehrte Verhältniss wie im röm. Recht eintritt, dass nämlich, während dort die Anerkennung hinter den Vertragsformen in Schatten trat, heutzutage die Willenseinigung in der Anerkennung sich versteckt. [1]) Hierin liegt ein Hauptgrund, weshalb die Natur der Anerkennungserklärung als eines Vertrags vielfach verkannt wird.

Damit nun die Anerkennungserklärung in dieser Weise wirke, muss sie vor Allem mit dem Willen, sich zu verpflichten, in Verbindung treten, und zwar mit einem solchen Willen, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbindlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt. Die Anerkennung der Schuld muss sich in ein Zahlungsversprechen übersetzen lassen, in dem Sinne: „ich verspreche zu zahlen, weil — nicht wenn ich schuldig bin,“ (oder „ein Dritter schuldet“). Wenn daher der Bürge dem Gläubiger die Erklärung abgiebt: „Für die Schuld des A. von 100 Thalern verbürge ich mich“, so liegt hier kein Anerkennungsvertrag vor. Denn wenn auch in dieser Erklärung die Ansicht sich bethätigt, dass A. dem Gläubiger 100 Thlr. schulde, so bildet doch die „Verbürgung“, durch welche diese Ansicht sich bethätigt, auch im heutigen Rechte ein von dem Bestand der Hauptverbindlichkeit abhängiges, ein bedingtes Zahlungsversprechen; jene Anerkennung kann daher nur etwa als Beweismoment wirken. [2]) Dasselbe werden wir selbst dann sagen müssen, wenn der Bürge „als Selbstschuldner

1) Aehnlich wie die formlose Cession sich öfters in dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte versteckt. Puchta Cession (Rechtslex. II. S. 640).

2) Zweifelhafter wird der Fall, wenn der Bürge ausdrücklich die Hauptschuld „anzuerkennen“ erklärt; also den Bürgschein dahin ausstellt: „Für die Schuld des A von 100 Thlr., welche ich hiermit anerkenne, verbürge ich mich“. Ich habe früher auch in diesem Falle durch die Bezeichnung der eingegangenen Verpflichtung als „Verbürgung“ deren Natur als einer durch den Bestand der Hauptschuld bedingten für aufrecht erhalten erachtet, der erklärten „Anerkennung“ daher keine von der Darlegung der Hauptschuld befreiende Wirksamkeit beigemessen. Ich verkenne jedoch nicht, dass sich auch die Ansicht vertheidigen lässt, es habe der also sich Verpflichtende, zumal wenn er zugleich auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, unbedingt, ohne weitere Darlegung der von ihm anerkannten Hauptschuld, zur Zahlung der ausgedrückten Schuldsumme sich verpflichten wollen; m. a. W., er sei unter dem Namen eines „Bürgen“ als Selbstschuldner in die Schuld eingetreten. Es scheint mir eine quaestio facti, ob man auf die ausgesprochene „Anerkennung der Schuld, oder auf die Bezeichnung des Zahlungsversprechens als „Verbürgung“ das entscheidende Gewicht

sich verbürgt“. Denn die Bezeichnung des Zahlungsversprechens als „Verbürgung“ hält jenes Abhängigkeitsverhältniss von der ursprünglichen Schuld aufrecht, während die Worte „als Selbstschuldner“ nur einen Verzicht auf das beneficium excussionis erkennen lassen. [3]) Ganz ebenso verhält es sich, wenn ein Dritter für die Schuld eines Andern ein Pfand bestellt. [3a]) Auch wenn der Schuldner selbst erklärt: „Für meine Schuld von 100 bestelle ich dieses oder jenes Pfand“, so liegt hierin kein Anerkennungsvertrag. Derselbe giebt dadurch zwar zu erkennen, dass er 100 wirklich zu schulden glaube; aber er bethätigt diese Annahme nur durch eine Verpfändung, ein Geschäft, welches gleich der Bürgschaft durch den Bestand der Hauptschuld bedingt ist. [4])

Anders, wenn der Schuldner selbst seiner Verpfändung die ausdrückliche Erklärung beifügt: „dass er die Schuld in dem und dem Betrage hiermit anerkenne.“ Hierin würde, neben dem Pfandvertrage, ein ächter Anerkennungsvertrag zu finden sein. Desgleichen ist ein solcher in folgender Erklärung erhalten: „Für die 100 Thlr., welche, wie ich hiermit anerkenne, A. dem X. schuldet, trete ich andurch als Selbstschuldner ein.“ Denn hier liegt ein Zahlungsversprechen vor, welches keine Bedingung mehr in sich trägt, sondern auf die Schuld des A. als causa Bezug nimmt. Der Expromittent würde daher die übernommene Schuld nur nach den Grundsätzen der cond. ind. bestreiten können. [5])

Weiter ist dagegen in folgenden Fällen kein Anerkennungsvertrag vorhanden: wenn der Schuldner um Zahlungsfrist bittet, einerlei ob er dieselbe zugestanden erhält oder nicht; wenn der Schuldner Zinsen von der unterstellten Schuld bezahlt. [6]) Desgleichen liegt in der Zahlung [6a]) oder in der Erwirkung des Nachlasses eines Theils der Schuld keine ächte Anerkennung des Restbetrags, so wenig als die Annahme einer Zahlung in der Unterstellung, dass sie die ganze Forderung erschöpfe, eine ächte Anerkennung dafür enthält, dass die Forderung nicht in einem grösseren Betrage bestehe. [7]) Wenn zwei Vormünder sich verpflichten, einen durch ihre Vermögensverwaltung dem Mündel zugefügten Schaden

legen will, da beide Ausdrucksweisen einigermassen mit einander in Widerspruch treten. — Ein bei Seuffert II. N. 181 mitgetheilter Rechtsfall ist so ungenau referirt, dass die Bedeutung nicht mit Sicherheit zu erkennen steht.

3) Seuffert III. Nr. 167.

3a) Der dritte Besitzer der Hypothek, indem er im Umfange des Werthes der Hypothek neben dem persönlichen Schuldner dem Gläubiger für die Schuld haftet, tritt dadurch als dinglicher Schuldner ganz in das Verhältniss eines correus debendi; ein Correal-Verhältniss, welches in der Theorie meist unbeachtet bleibt, während es dasjenige ist, welches in praxi am häufigsten vorkommt.

4) l. 2 quae res pign. 20, 3.

5) Ein Erk. des OAG. zu Lübeck bei Seuffert IV. Nr. 224 enthält in seinen Motiven unrichtige Auffassungen.

6) c. 28 de pac. 2, 3. c. 7 de usur. 4, 32. (Nicht entgegen l. 6 §. 1 de usur. 22, 1.) Kurh. Ztschr. für Recht und Gesetzg. I. S. 254. Seuffert II. Nr. 268. XVI. N. 32.

6a) Seuffert XVI, 33.

7) Savigny III. S. 442. g. — Anders, wenn der Gläubiger die Zahlung, als die ganze Forderung erledigend, quittirt. c. 24 de transact. 2, 4. c. 35 §. 2 de inoff. test. 3, 28.

je zur Hälfte zu ersetzen, so liegt hierin eine Anerkennung ihrer Entschädigungspflicht, jedoch nicht in der Art, dass auf diese Anerkennung auch der solidarische Anspruch wider Einen oder den Anderen gebaut werden könnte. In allen diesen Fällen ist zwar die Ansicht über den Bestand oder Nichtbestand des Schuldverhältnisses zwischen den Betheiligten zu Tage getreten; aber sie hat in keiner entsprechenden Willenseinigung sich bethätigt. Noch weniger ist ein Anerkennungsvertrag vorhanden, wenn der gemahnte Schuldner, ohne die Entstehung der Schuld zu bestreiten, der Anforderung die Behauptung der Tilgung entgegensetzt; denn hier behauptet er geradezu, dass zur Zeit eine Schuld nicht bestehe.

Ein weiteres Erforderniss für den Anerkennungsvertrag, wie für jeden andern Vertrag, ist die Annahme von Seiten dessen, der daraus Rechte erwerben will. Nur wird man, da derselbe völlig einseitig Rechte überträgt, um so leichter die Annahme aus den Thatsachen suppliren können. Auch darf man durchaus nicht die Annahme als etwas der Anerkennungserklärung stets Nachfolgendes denken. In den meisten Fällen wird die obligirende Anerkennung nur auf vorgängiges Begehren des Berechtigten erklärt werden, wo dann schon in diesem Begehren die Annahme liegt; ganz so, wie bei den römischen Verbalacten die Annahme in der vorausgehenden Frage enthalten war.

Aus dem Erforderniss der Annahme ergiebt sich übrigens, dass die Anerkennung, um einen Anerkennungsvertrag zu begründen, dem Berechtigten oder einem Vertreter desselben gegenüber erfolgen muss.

Schliesslich noch die Bemerkung, dass bei der zweideutigen Natur des Wortes „Anerkennung" zur Begründung einer Klage natürlich die Behauptung nicht genügt, „der Verklagte habe die Schuld anerkannt"; dass vielmehr die Angabe erforderlich ist, welchergestalt diese Anerkennung erfolgt sei.

§. 45.

Verwandte Rechtsinstitute.

Der Anerkennungsvertrag hat im Rechtsgebiete nahe Verwandtschaften. Zu diesen gehört zunächst: das rechtskräftige Urtheil, der Eid, das Compromiss. Auch diese haben die Bestimmung, das Rechtsverhältniss der Wahrheit gemäss festzustellen; [1]) und insofern sie muthmasslich diese Aufgabe erfüllen, kann man ihnen eine beweisende Natur beimessen. Aber ihre Bedeutung geht über die eines Beweismittels hinaus. Sie begründen eine Fiction der Wahrheit, und mittelst dieser eine dem festgestellten Rechtsverhältnisse analoge Obligation. Hierin liegt ihre Aehnlichkeit mit dem Anerkennungsvertrag, die nämliche, welche oben (S. 38) zwischen Judicat und Stipulation nachgewiesen ist. [1a]) Auch darin bewährt sich die grosse Aehnlichkeit zwischen Judicat und An-

1) l. 8 §. 4 si serv. vind. 8, 5.

1a) Geschickt benutzt dermalen Unger (in Jhering's Jahrb. f. Dogm. d. r. u. d. Privatrechts VIII. S. 179) die res judicata als Ausgangspunkt für die Darstellung des Anerkennungsvertrags.

erkennungsvertrag, dass in beiden die zu Grunde liegende Anerkennung des Rechts nicht schon an sich, d. h. so weit sie nur Entscheidungs- oder Bestimmungsgrund geblieben, sondern nur in dem Umfange der daran sich knüpfenden Disposition (dort des Richters, hier der Contrahenten) eine selbständige Obligation erzeugt. [1b]) Darin aber sind jene Bekräftigungsmittel von dem Anerkennungsvertrag verschieden, dass eine Anfechtung derselben gar nicht, oder nur unter sehr beschränkten Voraussetzungen stattfindet.

Eine weitere Parallele bietet der Vergleich dar (§. 32), welcher heutzutage auch schon durch einfache Willenseinigung klagbar ist. Die Verschiedenheit desselben vom Anerkennungsvertrag besteht darin, dass durch ihn ein wirklich schon streitiger [2]) Rechtsanspruch mittelst gegenseitigen Nachgebens festgestellt wird, während der Anerkennungsvertrag mittelst einseitigen Zugeständnisses ein Recht als unbestrittenes oder wenigstens in Zukunft nicht ferner zu bestreitendes feststellt. Daraus geht der wichtige Unterschied hervor, dass der Vergleich auf Gegenseitigkeit beruht, während die Anerkennung selbst da, wo dieselbe, wie beim Compensationsvertrag, gleichzeitig nach beiden Seiten hin Rechtsverhältnisse feststellt, doch jederzeit ihre streng einseitige Natur bewahrt (S. 129). Uebrigens nimmt auch der Vergleich, soweit er als gewiss unterstellte Verhälltnisse zu seiner Grundlage hat, die Natur des reinen Anerkennungsvertrages an. [3])

Am nächsten aber steht dem Anerkennungsvertrage die confessio in jure in ihrer oben (§. 31a) dargestellten Bedeutung einer formellen Feststellung des gegnerischen Rechts. [4]) Ihre Natur entspricht so vollkommen dem Anerkennungsvertrage, dass man den letzteren, wenn man anders den paradoxen Ausdruck nicht scheut, eine aussergerichtliche confessio in jure nennen könnte. [5])

Ein Schicksal für die ganze Lehre aber ist es gewesen, dass man der confessio in jure stets das „aussergerichtliche Geständniss" gegen-

1b) So wie die res judicata die Natur des Anerkennungsvertrags erläutert, so kann umgekehrt die Vergleichung beider auch für die richtige Erkenntniss des Wesens der res judicata fruchtbar werden, und namentlich die übertriebenen Anschauungen zerstören, welche sich — zum Theil auf Grund der Ausführungen Savigny's — über „die Rechtskraft der Entscheidungsgründe" hie und da gebildet haben.

2) Dass er bereits im Process befangen sei, ist nicht erforderlich. c. 2 de transact. 2, 4.

3) Vergl. S. 97 — Die nahe Beziehung beider weist sich auch darin aus, dass in den Quellen öfters von „transactio" geredet wird, wo nur ein Anerkennungsvertrag gemeint sein dürfte. l. 122 §. 6 de V. O. l. 35 de pact. c. 23 de fideic. c. 21 de solut.

4) Die confessio in ihrer Richtung auf einzelne Thatsachen kann zwar ebenfalls in dem Anerkennungsvertrag ein Analogon finden, insofern als dieser auch auf einzelne Thatsachen, als Elemente eines im Uebrigen streitigen Rechtsverhältnisses, gegerichtet, gedacht werden kann. Solches wird aber meistens nur scheinbar vorkommen. „Nicht selten wird die Anerkennung einer reinen Thatsache, z. B. des Empfangs eines Darlehns, zugleich die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses (hier der Darlehnsschuld) in sich schliessen." (Savigny VII, S. 17.)

5) Nur scheinbar ist die Abweichung, dass die conf. in jure innerhalb des anhängigen Processes einer besonderen Annahme nicht bedarf, da ja diese schon in der jenseitigen Geltendmachung des Rechts enthalten ist.

überstellte, „welches nur ein Beweismittel sei.“ Dieser Begriff verschlang dann auch den Anerkennungsvertrag. Man liess namentlich den dem letzteren inewohnenden animus confitendi, d. h. die Absicht, sich zu verpflichten, in dem Begriff der, die „Beweiskraft“ des Geständnisses bedingenden „Ernstlichkeit“ aufgehen, obgleich beides ganz verschiedene Dinge sind. Wo ein Geständniss nicht in verpflichtender Absicht abgelegt wird, bildet die „Ernstlichkeit“ des Geständnisses stets eine concrete Frage, und es muss dieselbe positiv erhellen, soll dem Geständniss eine Wirksamkeit (Beweiskraft) beigemessen werden. Dabei kann gleichwohl die Ernstlichkeit sehr gross sein. Denken wir uns, ein Angeklagter, zu dessen Verdächtigung es dient, dass er sich zu bestimmter Zeit Geldmittel verschafft habe, gesteht nach anfänglichem Leugnen in der Confrontation mit einem Zeugen zu, von diesem ein Darlehn empfangen zu haben. Hier wird man vielleicht an der „Ernstlicheit“ des, ohnehin in Gegenwart des Gläubigers, und sogar vor Gericht abgelegten Geständnisses nicht im mindesten zweifeln. Gleichwohl aber ist kein Anerkennungsvertrag vorhanden. Denn es fehlt an dem civilrechtlichen animus confitendi, der Absicht, sich dem Gläubiger zu verpflichten. Dieser wird daher jenes Geständniss wohl als Beweismittel, nicht aber als Klaggrund benutzen können. [6]) Andererseits setzt natürlich auch der Anerkennungsvertrag „Ernstlichkeit“ des Willens voraus. Wo aber ein Geständniss in einer die verpflichtende Absicht kundgebenden Weise (z. B. in der Form eines Schuldscheins) auftritt, wo also der äusseren Erscheinung nach ein Anerkennungsvertrag vorliegt, da kann nicht erst gefragt werden, ob auch in concreto die Sache ernstlich gemeint gewesen sei; die Ernstlichkeit versteht sich dergestalt von selbst, dass ein Bestreiten derselben (als „Einrede der Simulation, des Scherzes etc.“) stets einer strengen Darlegung und Beweisführung bedarf. [7]) Die Ernstlichkeit spielt hier keine andere Rolle, als bei allen anderen Verträgen, wo sie auch niemals besonders bewiesen zu werden braucht, da das Leben nicht so scherzhaft ist, dass man ohne Weiteres annehmen könnte, vernünftige Menschen haben mit Vertragsformen nur spielen wollen.

Soll die Lehre zur Klarheit gelangen, so ist es durchaus nöthig, dass man von dem Begriff des blos beweisenden aussergerichtlichen Geständnisses das verpflichtende aussergerichtliche Geständniss, d. h. den Anerkennungs-

6) Anders, wenn z. B. Jemand, von dem mit Feststellung des Inventars beschäftigten Vormundschaftsgerichte befragt, die Erklärung abgiebt, Schuldner des Mündels in einem bestimmten Betrage zu sein. Denn hier weiss der Erklärende, dass es sich um Feststellung der Vermögensrechte des Mündels handelt, und dass das Gericht in dessen Vertretung seine Erklärung entgegennimmt.

7) Ich kann es daher auch nicht billigen, wenn Endemann (Handelsrecht §. 96 Nr. 8—11) bei der Schuldurkunde die expressio causae als ein Kriterium der „Willensernstlichkeit“ bezeichnet, auch die Anfechtung wegen Irrthums zu dem Beweis der „Nichternstlichkeit“ rechnet; und wenn derselbe (Arch. f. civ. Pr. Bd. 43 S. 33) vom Standpunkt dieses Begriffes der „Ernstlichkeit“ aus die Urkunde einer freien Beweistheorie unterworfen wissen will. Indessen sind wir wohl mehr im Ausdruck, als in der Sache uneinig.

vertrag, ausscheidet und in Gegensatz stellt. [8]) Das Verständniss beider würde dadurch wesentlich gewinnen.

Nicht minder aber hat eine andere Lehre dazu beigetragen, über die Natur des Anerkennungsvertrages zu beirren, nämlich die Lehre vom constitutum (§. 30). In Theorie und Praxis [9]) hält man vielfach das constitutum debiti proprii für ein Institut, welches man in dem heutigen zur Feststellung einer bestehenden Verpflichtung geleisteten Zahlungsversprechen wieder finden zu dürfen glaubt. Dies ist von dem verderblichsten Einfluss gewesen. Wie beim Constitut, erachtet man die verpflichtende Kraft des erneuerten Zahlungsversprechens von der Existenz der ursprünglichen Verbindlichkeit absolut abhängig. [10]) Dadurch ward das Versprechen werthlos. Freilich ist das heutige formlose Zahlungsversprechen, welches sich an eine bestehende Verbindlichkeit anknüpft, äusserlich dem Constitut wohl ähnlich, aber innerlich davon sehr verschieden. Diese Verschiedenheit beruht darauf, dass unser Obligationenrecht zufolge der Klagbarkeit formloser Verträge eine ganz andere Grundfärbung erhalten hat. Das römische constitutum enthielt keine, die bestehende Verbindlichkeit sichernde Anerkennung, und konnte solche nicht enthalten, da es als nudum pactum gar nicht die Kraft dazu hatte. Bei uns hat aber das nudum pactum diese Kraft. Es kommt also nur darauf an, ob der Wille dazu vorhanden ist. Und dieser Wille ist stets vorhanden, wo ein erneuertes Zahlungsversprechen zur Sicherung eines Schuldbestandes gegeben wird. Denn mit einem Zahlungsversprechen, welches sich, nach Art des constitutum, in den Sinn auflöst: „ich verspreche 100 zu zahlen, wenn ich sie schuldig bin," ist dem Gläubiger nicht geholfen. Dem römischen Constitut würde nur etwa ein Zahlungsversprechen gleichen, bei welchem eine Sicherung der Schuld durch erneuerte Anerkennung gar nicht in der Absicht der Betheiligten lag. So z. B., wenn der Schuldner dem Gläubiger auf dessen Mahnung schreibt: „Beruhigen Sie sich noch einige Zeit; ich werde die rückständigen 100 Thlr. noch im Laufe dieses Jahres abtragen." Hier liegt gar nicht die Absicht vor, den Gläubiger über den Bestand seiner Forderung sicher zu stellen, sondern er soll nur über die Zeit der Zahlung eine Zusicherung erhalten. Aus jenem Schreiben würde daher kein selbständiger Schuldgrund entnommen werden können. [11]) Will man solche, die Schuld nur im Allgemeinen bestätigende, oder auch in einem Nebenpunkt modificirende Zusagen unter den Begriff des constitutum

8) So verfährt jetzt Wetzell, Civ.-Process §. 22. Fälle eines blos beweisenden Geständnisses bei Seuffert I. 145 II. 109.

9) Heise und Cropp, Abh. I. S. 348. Pfeiffer, pr. Ausf. VIII. S. 66. Seuffert I. Nr. 216, IV. Nr. 141. Strippelmann, Entsch. d. OAG. zu Cassel II. S. 24.

10) Abweichend hiervon behauptet freilich Cropp (S. 349), „das const. enthalte ein Anerkenntniss der Schuld, und es habe deshalb der Schuldner aus der etwaigen Unverbindlichkeit der Schuld eine Einrede gegen die actio pec. const. herzunehmen." Anf diese Weise gelangt Cropp unwillkürlich zu einem richtigen Resultate, aber nur dadurch, dass er einen Fehler durch den andern wieder gut gemacht; eine Erscheinung, die öfters in der Praxis vorkommt.

11) Aehnlich der Fall bei Seuffert XV. Nr. 114.

bringen, so ist hiergegen theoretisch nichts zu erinnern.[12] Praktisch ist dies aber ohne erheblichen Werth. Man sollte deshalb lieber die so leicht zu Missverständnissen führende Lehre vom Constitut in der Praxis ganz bei Seite lassen. Die Bedeutung derselben ist in der heutigen allgemeinen Klagbarkeit der Verträge aufgegangen.

Dem gegenüber hat neuerdings Bruns (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte B. I. S. 28 flg.) das constitutum, „für welches es eine Lebensfrage geworden, sich gegen diesen Angriff zu vertheidigen,“ wieder zu Ehren zu bringen unternommen. Der Kern seiner Ausführung geht dahin, dass, wenn auch „das Dasein einer Hauptschuld wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit des Constituts“ sei (S. 73), man es doch mit dieser Voraussetzung nicht so genau nehmen dürfe. Man habe sich die Voraussetzungen der Constitutsklage nicht so zu denken: 1) Hauptschuld; 2) Versprechen der Zahlung; 3) Nichtleistung der Zahlung; sondern vielmehr 1) Abschluss eines Constituts; 2) Nichterfüllung desselben;[13] 3) Geschuldetsein der constituirten Summe (S. 19). Danach müsse man auch bei dem Beweise der bestehenden Schuld nicht allzu streng sein, vielmehr schon eine allgemeine Bezugnahme auf solche bei dem Zahlungsversprechen dazu für ausreichend halten. Dies Alles wird aus dem reconstruirten Formularprocess der röm. Constitutsklage abgeleitet. Wenn bisher die Lehre vom Constitut zu verkehrten Resultaten geführt, so seien daran nur die Praktiker Schuld, welche pedantische Beweistheorien angewendet. Hiergegen habe auch diese Schrift günstig gewirkt. Ja sogar dem „Anerkennungsvertrage“ wird ein „richtiges Element“ zugestanden, indem die ausdrückliche Anerkennung der Schuld von Seiten des Schuldners allerdings ein Vertragselement enthalte; das sei aber kein Vertrag über Zahlung der Schuld, sondern über den Beweis der Schuld, ein „Beweisvertrag.“ Auf diese Weise gelangt B. den diesseits vertretenen praktischen Resultaten so nahe als möglich. Selbst die cautio indiscreta wird, jedoch nur vermittelst der „Constitutsklage“, als wirksam anerkannt. Danach wird dann das constitutum als „der wahrhaft praktische, aus dem Leben selber hervorgegangene Begriff“ der fortdauernden Anwendung empfohlen. —

Ich könnte zunächst wohl die Frage aufstellen: warum hat man denn das Alles nicht schon früher vom „Constitute“ gelehrt? — Aber ich fürchte auch, dass, so lange man nach den klaren Aussprüchen der Quellen anerkennen muss, dass „eine bestehende Schuld wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit des Constituts“ sei, es immer wieder Juristen geben wird, — und ich würde mich selbst zu diesen rechnen[14]) —

12) Unger (a. a. O. S. 188) stellt die hier besprochenen verschiedenen Arten von Zusagen unter dem Namen „Schuldversprechen“ und „Zahlungsversprechen“ in Gegensatz. Das mag man thun, wofern man nur stets sich bewusst bleibt, dass ein zwecks Anerkennung der Schuld geleistetes Zahlungsversprechen ein Schuldversprechen ist.

13) Es macht einen eigenthümlichen Eindruck, auch dieses negative Moment hier unter den „Voraussetzungen der Constitutsklage“ aufgeführt zu sehen.

14) Vergl. auch Unger a. a. O. S. 210 flg. — Wetzel, Civ.-Proz. §. 22, nennt zwar das in der Anerkennung eines Schuldverhältnisses zu findende Zahlungsversprechen ein „constit. debiti proprii“, berichtigt dies aber selbst dahin: „oder wie man heut zu

welche bei praktischer Anwendung der Constitutslehre es mit dieser wesentlichen Voraussetzung ernst nehmen und sagen würden: „ist die bestehende Schuld wesentliche Voraussetzung des Constituts, so muss sie auch bewiesen werden; und muss sie bewiesen werden, so muss sie auch thatsächlich dargelegt werden, die allgemeine Bezugnahme auf eine solche in einem Schuldbekenntnisse enthält aber keine thatsächliche Darlegung, und folglich auch keinen Beweis.“ Auch die veränderte Reihenfolge, in welcher B. die Vorraussetzungen der Constitutsklage aufgezählt wissen will, dürfte daran schwerlich etwas ändern. Oder sollte es nicht einerlei sein, ob man rechnet: a + b + c, oder b + c + a? Mit Beibehaltung der Constitutslehre als Grundlage des Anerkennungsvertrags wird daher — auch abgesehen davon, dass selbst nach der Bruns'schen Aufstellung das Constitut sammt dem „Beweisvertrage“ für das praktische Bedürfniss doch nicht ausreicht (s. u. §. 67) — stets die Gefahr verbunden bleiben, dass man immer wieder jenen unheilvollen Lehren verfällt, die auch B. entschieden missbilligt. Seine Lehre scheint mir daher nur geeignet, die Praxis von Neuem zu verwirren. Aber freilich, das constitutum wäre gerettet, und die „von einem Praktiker erdachte theoretische Speculation,“ welche sich erdreistet hat, die Stipulationslehre neu zu beleben, wäre glücklich beseitigt! — Ich meines Theils habe mich durch die Ausführung von B. nicht bewogen finden können, meine Ansicht über die heutige Bedeutung des röm. constitutum zu ändern; und zwar um so weniger, als B. auch nicht mit einem Worte sagt, weshalb es unzulässig sei, für die Beurtheilung einseitiger Schuldversprechen des heutigen Rechts, welche den Zweck haben, den Bestand einer Schuld festzustellen, die Lehre von der Stipulation, die doch bei den Römern unzweifelhaft hierzu diente und in der das praktische Bedürfniss erst wahrhafte Befriedigung findet, zur Grundlage zu nehmen.

Capitel IX.

Die Anerkennung als Grund der Ausschliessung einer Exception.

§. 46.

Allgemeines. — Exceptio metus, doli, SCi Macedoniani, non impleti contractus.

Die formelle Wirksamkeit des Anerkennungsvertrags erweist sich darin, dass derselbe — von seiner Anfechtbarkeit abgesehen — auch da ein Forderungsrecht begründet, wo ursprünglich keines bestand. Um so

Tage sagen muss, ein selbständiges Zahlungsversprechen, dessen Klagbarkeit nicht wie die des Constituts durch die Existenz der sicher zu stellenden Verpflichtung, sondern lediglich durch die Absicht ihrer Sicherstellung bedingt ist.“

mehr wird er dies vermögen, wo eine Forderung ipso jure schon begründet und nur ope exceptionis unwirksam war. Wer auf eine solche Forderung zahlt oder zu zahlen verspricht, ohne dass die Voraussetzungen der cond. indebiti vorliegen, von dem wird gesagt: remittere exceptionem videtur. [1])

Da aber das Recht der Exception von Haus aus ein schwächeres zu sein pflegt, so bedarf es zu deren Beseitigung in vielen Fällen nicht einmal einer so vollkommenen Bethätigung der Anerkennung, wie in einer dem anerkannten Recht entsprechenden Zahlung oder einem Zahlungsversprechen enthalten ist. Es genügen auch schwächere Thatsachen, in welchen der Wille, die Schuld gelten zu lassen, sich kund giebt.

Wir lernen hier also die Anerkennung, und zwar in einer unvollkommeneren Bethätigung, in einer zweiten Wirksamkeit auf Obligationsverhältnisse kennen. Scheinbar begründet sie auch hier Rechte; in der That aber räumt sie nur ein Hinderniss hinweg, welches der Wirksamkeit bestehender Rechte in den Weg treten könnte. Dieselbe lässt sich daher formell als Verzicht auf die Exception auffassen. Materiell aber ist diese Auffassung mehr oder weniger motivirt durch den Gedanken, dass der Anerkennung gegenüber die Exception von Anfang an unglaubwürdig erscheine oder wenigstens nachträglich ihre Berechtigung verloren habe.

In der äusseren Erscheinung der hier fraglichen Anerkennungsacte wird oftmals das Element der Willenseinigung noch mehr, als in den oben besprochenen Fällen, sich verstecken, und die Anerkennung scheinbar als rein einseitiger Act sich darstellen. Dieselbe gewinnt danach in manchen der hierher gehörigen Fälle grosse Aehnlichkeit mit der Genehmigung. [2]) So wie der Genehmigende ein von einem Andern für ihn abgeschlossenes Geschäft durch seinen nachträglich erklärten Willen ergänzt, so thut dies der Anerkennende bezüglich eines von ihm selbst abgeschlossenen, in gewisser Hinsicht noch unvollkommenen, Rechtsgeschäftes. In beiden Fällen liegt die Willenseinigung darin, dass dem einseitig erklärten Willen ein bereits von der anderen Seite erklärter Wille vollendet gegenübersteht.

Von einer Anfechtung der hier fraglichen Anerkennungsacte wegen mangelnden Grundes wird in den meisten Fällen kaum die Rede sein können, eben weil hier der zu Tage tretende Willen gar nicht die Bedeutung hat, dass er positiv Rechte erzeugt, sondern nur als Kennzeichen dafür gilt, dass der Anerkennende des besonderen Schutzes durch die Exception nicht würdig sei. Nur aus dem Gesichtspunkte wird in Fällen dieser Art mitunter eine Vertheidigung möglich werden, dass die Handlung ohne Bewusstsein von dem durch dieselbe (scheinbar) anerkannten Rechte vorgenommen, also in der That eine Anerkennung gar nicht vorhanden sei. In anderen Fällen dagegen wird die Anerkennung, nach Art der ächten, einer Anfechtung mittelst Irrthums unterliegen.

1) l. 12 de novat. l. 25 de V. O. (vergl. l. 13 de lib. leg. l. 28 de leg. I.).

2) Beide werden daher auch im Namen verwechselt; z. B. tit. C. si major factus ratum habuerit.

Es sollen nun die einzelnen hierher gehörigen Fälle aufgezählt werden, und es bedarf wohl kaum der Bemerkung, dass in den hier zu erörternden Beziehungen der Unterschied, ob eine Obligation gar nicht besteht, oder ob sie ope exceptionis anfechtbar ist, noch völlig praktische Bedeutung hat.

Die Leistung einer Zins- oder Abschlagszahlung begründet an sich keine Verpflichtung zur Zahlung der Haupt- oder Restschuld (S. 133). Ist jedoch diese Schuld ipso jure begründet, hätte aber durch ein exceptio metus oder doli angefochten werden können, so geht dieser Einwand durch die Zins- oder Abschlagszahlung verloren, und insofern werden diese zu verpflichtenden Handlungen, vorausgesetzt, dass sie nicht ebenfalls unter einem ihre Wirksamkeit hemmenden Einflusse (des Zwangs oder Irrthums) erfolgten. [3])

Eine besondere Anwendung hiervon liegt in der Regel, dass die exceptio non numeratae pecuniae wegfällt, wenn der Schuldner auf die cautio eine Abschlags- oder Zinszahlung leistet. [4]) Die exc. n. n. p. hat ihre Grundlage in der Annahme, dass der Schuldner die cautio in Erwartung der Geldzahlung ausgestellt habe und diese nicht erfolgt sein möge. Hiermit ist aber eine geleistete Abschlagszahlung unvereinbar; durch die in dieser liegende Anerkennung wird die cautio auf den Standpunkt der stip. ex causa praecedente erhoben. (Vergl. Anh. XVIII.)

Eine noch schwächere Natur als die gedachten Exceptionen hat der Anspruch auf Restitution. Derselbe wird daher in der Regel ausgeschlossen, wenn der Minderjährige nach erlangter Volljährigkeit in irgend einer Weise das während der Minderjährigkeit begründete Rechtsverhältniss anerkannt. [5])

Hierher würde auch die Anerkennung der Darlehnsschuld durch den filius familias [6]) nach erlangter Selbständigkeit zu rechnen sein, welche die exc. SCi Macedoniani ausschliesst, wenn man anders mit der gemeinen Meinung auf Grund der l. 7 §. 16 ad SC. Mac. [7]) annimmt, dass auch schon eine Abschlagszahlung diese Anerkennung genugsam bethätige. [8])

Es ist ferner hier von der s. g. exceptio non adimpleti contractus zu reden. Diese Vertheidigung, wenn sie gleich in den röm. bon. fid. judiciis der ausdrücklichen Formulirung als exceptio nicht bedurfte (S. 73), hat doch materiell eine wahrhaft exceptivische Natur, indem die actio an sich schon durch den Consensualvertrag, nicht erst durch die klägerische

3) c. 2 u. 4 de his quae vi metusve 2, 20.

4) c. 4 de non num. pec. 4, 30.

5) l. 3 §. 1 de minor. 4, 4. c. 1. 2 si major fact. 2, 46 Savigny VII. S. 239.

6) Die Anerkennung der Schuld durch den Vater gehört nicht hierher, fällt vielmehr unter den Begriff der Genehmigung. c. 7 pr. ad. SC. Mac. 4, 28. Donell Comm. XII. c. 28.

7) Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SCum, nec solutum repetere potest.

8) Donell l. c. — Bestritten wird diese Annahme von Puchta (Pand. §. 306 etc.) als des inneren Grundes ermangelnd und der l. 9 eod. widersprechend. — Die Wirksamkeit anderer Anerkennungsacte würde schon in der verbleibenden Naturalobligation ihre Grundlage finden.

Erfüllung begründet wird. Sie ist daher ebenfalls einem Verzicht in der besagten Weise unterworfen. Dieser kann stillschweigend dadurch erfolgen, dass der Verklagte die zur Erfüllung des Vertrags bestimmte Leistung des Klägers annimmt, und dadurch den Vertrag als erfüllt anerkennt. Wann und unter welchen Umständen in der Annahme der Leistung eine solche Anerkennung zu finden sei, ist im Allgemeinen quaestio facti. Es besteht jedoch ein nicht zu verkennender Unterschied zwischen quantitativ unvollständiger und qualitativ mangelhafter Leistung. In der Annahme einer Leistung der ersten Art liegt an sich noch nicht eine Anerkennung vollständiger Vertragserfüllung; denn wer einen Theil annimmt, geräth mit sich nicht in Widerspruch, wenn er später den Rest fordert, da ja das Ganze aus seinen Theilen sich bildet. Dagegen bethätigt sich in der Annahme einer jeden Leistung aus einem Vertrage die Anerkennung, dass diese Leistung ihrer Beschaffenheit nach dem Vertrage entspreche, und der Annehmende widerspricht sich selbst, wenn er später geltend macht, er habe nicht das Angenommene, sondern etwas anderes und Besseres zu fordern. [8a]) Dieser Unterschied veranlasste die Benennungen: exceptio non adimpleti und exc. non rite adimpleti contractus, an welche die Praxis die Regel knüpft, dass bei jener der Kläger die Vollständigkeit, bei letzterer der Verklagte die Mangelhaftigkeit der Vertragserfüllung zu beweisen habe. Diese im Allgemeinen richtige Beweisregel wird sich hiernach meistens darauf zurückführen lassen, dass bei der exc. non rite adimpl. contr. dem Kläger eine Anerkennung genügender Vertragserfüllung zur Seite steht, welche der Verklagte nur im Wege der Anfechtung beseitigen kann und die ihm deshalb die Beweislast zuwälzt; während bei der exc. non adimpl. contr. der Verklagte rein auf dem Gebiete der Negation verbleibt. [8b]) Wenn bei jener Anfechtung selten des Irrthums als besonderen Erfordernisses gedacht wird, so liegt der Grund hierfür darin, dass man in den meisten Fällen aus der bewiesenen Fehlerhaftigkeit der Leistung auch auf den Irrthum des Empfängers schliessen kann, jenes Erforderniss also durch Präsumtion sich erledigt. Man würde aber ohne Zweifel die exc. non rite adimpl. contr. nicht berücksichtigen, wenn dieselbe auf einen bei der Annahme sofort offenbaren Fehler gestützt würde. [9]) — In Vertragsverhältnissen, wo die Zuwendung der Leistung ohne positive Thätigkeit des Empfängers erfolgt, bedarf die Anerkennung der Vertragserfüllung, an welche sich jene Folge knüpfen soll, in der Regel einer ausdrücklichen Erklärung. Eine solche bildet bei der locatio conductio operis die probatio operis durch den locator. [10]) Nach dieser gilt der Vertrag von Seiten des conductor operis als erfüllt; das Werk steht

8a) Ob in der Entgegennahme der Waare ohne sofortige Protesterhebung oder in der Erklärung des „Empfangs" eine solche die qualitative Beschaffenheit der Waare billigende Annahme liegt, lässt sich nur nach dem concreten Falle entscheiden. Vergl. Seuffert II. 25, 92, 274. III. 25. IV. 23, 78. VI. 27. VII. 303. X. 148. XIV. 126, 129, 130 XIX. 132.

8b) Vergl. die Fälle bei Seuffert VII. 295. IX. 88. XI. 235. XV. 213.

9) Dafür spricht schon die Analogie der ädilit. Klagen. l. 1 §. 6. l. 14 §. 10 de aed. ed. 21, 1.

10) l. 24 pr. l. 36, 37, 62, loc. cond. 19, 2.

fortan auf Gefahr des locator, [11]) es müsste denn dieser die probatio als durch einen dolus des conductor [12]) oder, wie ich glaube hinzufügen zu dürfen, durch entschuldbaren Irrthum veranlasst, anfechten können.

§. 47.

Exceptio temporis. Anerkennung eines procurator und Cessionars.

Wenn die Anerkennung in den vorgenannten Fällen selbst eine begründete Exception zerstört, so wird sie um so mehr eine erst in der Entwickelung begriffene zu hemmen vermögen. Dies ist ihre Function bei der praescriptio temporis, der Klagenverjährung, welche bekanntlich durch die Anerkennung der Schuld unterbrochen wird. Mit Recht bemerkt Savigny, [1]) dass diese Wirkung nicht jeder mündlichen oder schriftlichen Rede, sondern nur einer solchen Handlung beizulegen stehe, welche die Natur eines Rechtsgeschäftes habe. Das heisst, es muss ein Act vorliegen, in welchem sich der Wille kundgiebt, die Schuld als eine bestehende gelten zu lassen. Hierzu gehört aber nicht etwa gerade ein die ganze Schuld umfassender Anerkennungsvertrag (d. h. römisch rechtlich eine Stipulation, an deren Stelle übrigens schon im Justinianischen Rechte [2]) die Ausstellung eines Schuldscheins tritt), sondern es genügt schon die unvollkommene Bethätigung der Anerkennung durch eine Zins- oder Abschlagszahlung, [3]) durch constitutum, Bestellung eines Pfandes oder eines Bürgen, auch wohl durch Fristerbittung. [4])

Sehr zweifelhaft erscheint die Frage, ob eine solche Anerkennung auch die bereits vollendete Klagenverjährung rückwärts unwirksam mache? Dass eine Stipulation der Schuld oder ein förmlicher Verzicht auf die Exception diese beseitige, lässt sich nicht wohl bezweifeln. [5]) Die Frage aber ist: kann ein solcher Verzicht auch in einer nach vollendeter Verjährung vom Schuldner geleisteten Zins- oder Abschlagszahlung, in der Stellung eines Bürgen oder Pfandes, oder in einem constitutum gefunden werden? [6]) — Gesetze, welche diese Frage bestimmt beantworten, finden sich meines Wissens nicht vor. Die Stellen, welche man für und wider anführen könnte — l. 37 de fidejuss. und l. 18 §. 1 de pec.

11) l. 36, 62 cit. Das heisst, wenn das opus zu Grunde geht, so braucht der conductor nicht seinerseits zu beweisen, dass er es gehörig vollführt habe. Indessen dürfte doch die Last der Darlegung gehöriger Vertragserfüllung dem Werkunternehmer zufallen, wenn der nach Abnahme des Werks eintretende Unfall sich als ein solcher darstellt, welcher bei gehöriger Vollführung des Werks nicht hätte eintreten dürfen, und das vollendete Werk der äusseren Erscheinung nach den Unfall nicht als in Aussicht stehend erkennen liess. Völlig durchgreifende Regeln werden sich auf diesem Gebiete nicht leicht geben lassen. Vergl. auch Seuffert VIII. 43. X 256. XII 153.

12) l. 24 pr. cit.

1) V. S. 314.

2) c. 7 §. 5 de praescr. XXX. 7, 39.

3) c. 8 §. 4 eod. c. 19 de fide instr. 4, 21. c. 5 de duob. reis 8, 40.

4) Savigny V. S. 315.

5) Savigny V. S. 405, 412. Seuffert XVI. 91. XXXIV. 177. XXXVI. 269.

6) Diese Frage steht der Frage über die bei der Klagverjährung übrig bleibende naturalis obligatio nahe, erhält auch durch Bejahung der letzteren eine beschränktere Bedeutsamkeit, fällt aber nicht mit ihr zusammen.

const. — sind in mehrfacher Beziehung zu unbestimmt, lassen namentlich dem Zweifel Raum, ob sie sich überhaupt auf die Klagenverjährung beziehen. [7]) Sind wir hiernach vornehmlich auf allgemeine Gründe verwiesen, so würde ich nicht abgeneigt sein, auch in diesem Falle die Wirksamkeit unvollkommener Anerkennungsacte zu bejahen.

Es ist endlich hier noch folgendes Verhältniss zu betrachten. Wir haben oben (§ 20 N. 1) gesehen, dass die Anerkennung Jemandes als procurator eines Dritten keine ächte Anerkennung enthält, vielmehr die in unrichtiger Unterstellung geschehener Bevollmächtigung oder eintretender Genehmigung dem procurator gemachte Vermögenszuwendung, als ob causam erfolgt, ohne die Bedingungen der cond. indebiti condicirt werden darf. Gleichwohl kann auch hier die Anerkennung in gewissem Masse wirksam werden. Damit der procurator Rechte des Geschäftsherrn Dritten gegenüber ausüben könne, muss er nicht allein bevollmächtigt sein, sondern auch dem Dritten seine Vollmacht glaubhaft nachweisen. Ohne diese Nachweisung kann also z. B., wenn der procurator eine Schuld einmahnt, der Schuldner die Mahnung ablehnen, und als nicht geschehen betrachten. Der Schuldner kann aber auf diese Nachweisung verzichten, und er thut dies, indem er den procurator als solchen anerkennt, z. B. an ihn eine Abschlagszahlung leistet oder die Zahlung aus materiellen Gründen verweigert. Ist dies geschehen, so kann der Schuldner, wenn er auf den Grund der vom procurator geschehenen Mahnung verklagt wird, nicht aus der unterbliebenen Nachweisung des dem procurator ertheilten Auftrags einen Einwand entnehmen. Er hat auf diesen Einwand durch die Anerkennung verzichtet. Ja es wird, wenn der Gläubiger mit Beziehung auf die durch den procurator erfolgte Mahnung Klage erhebt, der Schuldner nicht einmal damit gehört werden dürfen, dass der procurator zur Zeit der Mahnung gar nicht bevollmächtigt gewesen sei, da der Gläubiger durch die Klage der Handlung des procurator genehmigt, und dadurch den etwaigen ursprünglichen Mangel der Vollmacht erledigt. [7a])

Das hier Gesagte gewinnt hier eine noch wichtigere Bedeutung dadurch, dass es auch auf die Verhältnisse des in rem suam procurator, welcher nach der späteren Rechtsentwickelung zum Cessionar geworden ist, Anwendung findet. Auch dieser hat, um die durch die Cession erfolgte Uebertragung des Forderungsrechts auf ihn in volle Rechtswirksamkeit zu setzen, dafür zu sorgen, dass der debitor cessus von der erfolgten Cession gehörige Kunde erlange. [8]) Erst hierdurch wird der

7) Savigny V. S. 398, 402. Puchta, Pand §. 92.

7a) Darauf beruht es auch, dass der im Prozess einmal zugelassene Procurator, wenn sich später seine Vollmacht als nicht in Ordnung befindlich ausweist, noch mit Nachbringung einer gehörigen Vollmacht zugelassen werden muss. l. 56 de judic. 5, 1.

8) Die verschiedenen Ansichten, ob eine glaubhafte (d. h. durch Beweismittel unterstützte) Bekanntmachung der Cession erforderlich sei (vergl. Pfeiffer pr. Ausf. VII. S. 16. Seuffert III. Nr. 156), dürften dahin zu vereinigen sein, dass schon eine jede ernstliche Kundgebung genügt, um den Schuldner zu nöthigen, den Dispositionen des ursprünglichen Gläubigers keine Folgen zu geben, wogegen der Schuldner begehren kann, dass der Cessionar, will dieser selbst über die Forderung disponiren, ihm auch

Schuldner verpflichtet, den Dispositionen des ursprünglichen Gläubigers keine weitere Folge zu geben. Erkennt nun aber der Schuldner den Cessionar als solchen an, indem er z. B. auch nur eine Abschlagszahlung an ihn leistet [9]), so nimmt er dadurch die Kundgebung als erfolgt an. Die Anerkennung des Cessionars als solchen, auch in unvollkommener Bethätigung, hat hiernach die Bedeutung eines Verzichts auf den Einwand der unterbliebenen und ungenügend erfolgten Denunciation.

Mit der Anerkennung des Cessionars als solchen kann nun auch eine Anerkennung der Schuld selbst verbunden werden. [10]) Die Wirksamkeit der letzteren bestimmt sich einfach dahin: sie wirkt für den Bestand der Schuld gerade so, wie jede andere Anerkennung, die der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber vornimmt. Ein mit dem Cessionar eingegangener Anerkennungsvertrag (z. B. ein selbständiges Schuldbekenntniss) beseitigt daher alle Einwendungen wider die Schuld, die der Schuldner zur Zeit wusste oder hätte wissen müssen, mögen dieselben aus der Person des Cedenten oder des Cessionars entnommen werden. [11]) Zur Beseitigung von Exceptionen genügt unter Umständen auch eine unvollkommene Bethätigung der Anerkennung nach den dargestellten Grundsätzen. Soweit aber die Anerkennung anzufechten steht, muss sich diese Anfechtung auch der Cessionar gefallen lassen, vorbehaltlich seines Regresses gegen den Cedenten. Es würde irrig sein, die Anerkennung der Schuld dem Cessionar gegenüber stets derjenigen Stipulation gleichzuachten, welche in Folge einer Delegation einem Dritten geleistet wird, so dass der Schuldner mit seiner Anfechtung sich an den Cedenten verweisen lassen müsste. [11a]) Es ist hier ganz derselbe Unterschied, als ob der Schuldner an einen Cessionar, oder an einen Delegatar zahlt. Im letzteren Falle entnimmt der Schuldner die causa seiner Zahlung unmittelbar aus seinem noch fortdauernden Schuldverhältniss zu

die zu seiner Sicherheit erforderlichen Beweismittel über die Cession beschaffe. (Vergl. Bähr, „zur Cessionlehre“ in den Jhrb. f. Dogm. Bd. I. S. 462.)

9) c. 3 de novat. 8, 42 — vel aliquid ex debito accipiat —.

10) Die Frage, ob eine solche vorliege, wird oft in concreto sehr zweifelhaft sein. In der blosen Mitunterschrift des Cessionsinstruments dürfte dieselbe aber schwerlich gefunden werden. In dieser liegt nur die Kenntnissnahme von der Cession. (Schmid, Grundlehre der Cession. II. S. 417.)

11) Vergl. Seuffert II. Nr. 30, 31. — Eine (scheinbare) Ausnahme bilden Compensationseinreden, welche nach der Anerkennung der Schuld dem Cessionar gegenüber wohl noch aus der Person des letzteren, nicht aber auch aus der des Cedenten entnommen werden können.

11a) Gleichwohl soll nicht bestritten werden, dass unter Umständen das vom Schuldner dem Cessionar ertheilte erneuerte Schuldversprechen die stärkere Wirkung haben kann. Es wird dies namentlich dann eintreten, wenn es gerade Zweck und Absicht des erneuerten Schuldversprechens ist, den Cessionar in seiner Stellung zum Cedenten — insofern er diesem gegenüber bei der Cessionsnahme auf das nomen verum vertraute — sicher zu stellen. Denn alsdann bezweckt das neue Schuldversprechen dem Cessionar die stärkere Stellung eines Delegatars zu verschaffen. In einem solchen Falle würde daher der Schuldner mit Anfechtungen wegen Nichtbestandes der ursprünglichen Schuld dem Cessionar gegenüber nicht weiter gehört werden dürfen, vielmehr sich an den Cedenten verweisen lassen müssen. Jener Zweck wird in der Regel unterstellt werden dürfen, wenn der Schuldner, zum Cessionsakte selbst zugezogen, hierbei die Erklärung, die Schuld seinerseits anzuerkennen, abgiebt.

dem Deleganten; und kann daher auch nur diesem gegenüber das Gezahlte als indebitum condiciren (S. 77). Im ersteren Falle dagegen entnimmt der Schuldner den Grund seiner Zahlung aus der bereits auf den Cessionar übergegangenen actio, und die Condiction muss sich daher gegen diesen richten.

Niemals aber vermag eine dem Cessionar gegenüber erfolgte Anerkennung rücksichtlich der Cession selbst als ächte Anerkennung zu wirken, d. h. der Schuldner wird durch die Anerkennung nicht genöthigt, wenn er später die Sachlegitimation des Cessionars bestreitet, die Voraussetzung der condictio indebiti zu erbringen. Es muss hier genau zwischen der Existenz der Schuld und der Legitimation zu deren Einklagung unterschieden werden. Nur die Anerkennung der ersteren unterliegt jener strengen Beurtheilung, weil Jeder wissen kann und wissen muss, ob er etwas schuldig sei. Die Legitimationsfrage aber berührt ein Verhältniss zwischen dritten Personen, welches der Schuldner nicht zu kennen braucht, [12]) und dessen Unsicherheit ihm nicht zur Last gesetzt werden kann. [12a]) Eine positive Grundlage findet diese Annahme in den (§. 20 Note 1) erwähnten Stellen von der Anfechtung eines vermeintlichen Procurators. Denn die Cession bewahrt noch bis in das heutige Recht dem Schuldner gegenüber im Wesentlichen die Natur eines mandatum ad agendum; und man wird nicht ohne erhebliche Bedenken, namentlich nicht ohne grosse Gefährdung des Schuldners, diesen Grundgedanken verlassen können.

Ueber die Frage, wie eine dem Cessionar geleistete Anerkennung wirke, finden sich sehr verschiedene Ansichten. Das preussische Landrecht (I. Tit. 11 §. 412) sagt: „Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegen zu setzen.“ Glück, [13]) unter Bezugnahme auf einige ältere Schriftsteller, legt der Unterzeichnung des Cessionsscheins die Wirkung bei, dass dadurch nicht allein die legitimatio ad causam berichtigt, sondern auch die Liquidität der Schuld ausser Zweifel gesetzt und dem Schuldner Einreden aus der Person des Cedenten entzogen worden. Mühlenbruch [14]) nimmt an, dass die Anerkennung die Benachrichtigung des Schuldners und besondere Legitimation des Cessionars erübrige, sowie dass sie die Bestreitung des Klaggrundes ausschliesse, nicht aber auch Einreden aus der Person des Cedenten, welche das Klagrecht als später unwirksam geworden ausweisen. Es lässt sich nicht erkennen, worauf diese Unterscheidung beruhen soll, da doch, wie wir gesehen, die Aner-

12) Vergl. l. 13 depos. 16, 3. l. 19 i. f. de nov.

12a) Vergl. die Note 8 cit. Abhandl. v. Bähr. S. 462 flg. — Hiernach kann auch der bei Seuffert XI. 137 mitgetheilte Ausspruch des OAG. zu Lübeck: „Durch die vom Schuldner dem Cessionar gegenüber erklärte Schuldanerkennung ist zugleich der Beweis der Cession als erbracht anzusehen“ — in seiner Allgemeinheit nicht für richtig gehalten werden. S. dagegen die Entscheidung des OAG. zu Rostock, Seuffert XIII. 246.

13) Erl. d. Pand. XVI. S. 426.

14) Cession §. 50.

kennung noch eher Exceptionen auszuschliessen, als ein Klagrecht zu begründen vermag. Eine Entscheidung des Berliner Obertribunals [15]) lautet fast so allgemein wie der Ausspruch Glück's. Eine interessante Entscheidung des O.-A.-G. zu Dresden findet sich bei Seuffert IV. Nr. 106. [16])

Capitel X.

Die Anerkennung in anderen als obligatorischen Beziehungen.

§. 48.

Allgemeines.

Die Anerkennung, welche wir bisher nur in ihrer Wirksamkeit auf Obligationsverhältnisse betrachteten, beschränkt sich keineswegs auf dieses Gebiet, begegnet uns vielmehr als wirksames Element noch in vielen anderen Rechtsgebieten; und es dürfte nicht ohne Interesse sein, auch hier ihre Natur zu verfolgen, sei es auch nur, um die Eigenthümlichkeit des obligatorischen Anerkennungsvertrags anschaulicher zu machen und dessen Grenzen genauer festzustellen. Dabei werden wir die im Bereiche der Obligationen bemerkte Verschiedenheit, wonach die Anerkennnng bald positiv Rechte begründet, bald negativ nur die Anfechtung bestehender Rechte ausschliesst, mehrfach wiederkehrend finden. In ihrer letzteren Wirksamkeit hat dieselbe überall eine im Wesentlichen gleichartige Natur; es genügt für sie eine unvollkommenere Bethätigung, mitunter sogar ein solches Minimum von Thätigkeit, dass darin kaum noch ein wirklicher Wille erkennbar ist. Die positive Wirksamkeit der Anerkennung gestaltet sich dagegen sehr veschieden, je nach der Natur des Willensactes, welcher in ihr sich kund giebt. Dass die Anerkennung überhaupt in dieser Art wirke, dazu ist erforderlich, entweder dass der durch sie vertretene Wille formlos zu wirken vermöge, oder dass die Anerkennung selbst der für die Willensthätigkeit vorgeschriebenen Form sich bediene. Die eigenthümliche Art der Anerkennung aber, welche wir oben als die ächte bezeichneten, beschränkt sich auf das Gebiet der Obligationen und einiger den Obligationen ähnlicher Verhältnisse; sie reicht nicht weiter, als die ihr gegenüberstehende condictio indebiti. Neben ihrer rechtsbegründenden Wirksamkeit übt sodann die Anerkennung noch die rein thatsächliche Kraft eines Beweis- oder Interpretationsmoments in den mannichfaltigsten Verhältnissen.

15) Striethorst, Rechtsgrunds. des Berl. Ob.-Trib. I. S. 28.

16) Richtig ist diese Entscheidung in der Annahme, dass die Cession durch das Anerkenntniss der Schuld dem Cessionar gegenüber nicht ohne Weiteres einer Delegation gleichkomme. Unbefriedigend aber ist die Bedeutung der Anerkennung der Schuld an und für sich beurtheilt, indem wieder die verwirrende Frage „ob Novation?“ eine Rolle spielt.

Von der beweisenden Kraft der Anerkennung ist schon öfters geredet worden. Für deren Berücksichtigung liegt eine besondere Schwierigkeit in den Verhältnissen des Processes, welcher die thatsächliche Begründung der Rechtsverhältnisse begehrt und dann die einzelnen rechtsbegründenden Thatsachen zu Beweis stellt; demnach aber für Beweismittel, welche auf den Bestand des Rechtes im Allgemeinen gerichtet sind, keine passliche Stelle darbietet. Gleichwohl wird man hier, um den Ansprüchen des Lebens gerecht zu werden, von der principiellen Schärfe unseres Processes mitunter etwas aufgeben müssen. Dies geschieht, indem man die Anerkennung, ungeachtet die speciellen zu Beweis gestellten Thatsachen durch sie nicht bewiesen werden, doch eine adminiculirende Kraft für die Beweisführung im Ganzen einräumt; ein Verfahren, welches nicht selten zur Förderung wahrer Gerechtigkeit von den höheren Gerichten geübt ist. (Vergl. §. 50.)

Nahe verwandt mit der beweisenden ist die interpretative Kraft der Anerkennung. Während aber die erstere in der Gestaltung unseres Processes wirklich objective Schwierigkeiten findet, scheitert die letztere oftmals an der subjectiven Abneigung unseres Juristenstandes, rein menschlichen Momenten in seinen Erwägungen Rechnung zu tragen. Wenn z. B. die Leistungen aus einem Pachtvertrage anfangs mehrere Jahre hindurch in einem gewissen Umfange entrichtet sind, und es tritt dann einer der Contrahenten mit der Behauptung auf, dass in dem Pachtbrief etwas anderes stehe und danach eine Leistung in einem anderen, grösseren oder geringeren, Umfange fortan zu entrichten sei, so steht ihm allerdings die durch die Annahme oder Hingabe der bisherigen Leistung bethätigte Ansicht über den Umfang der Verpflichtung (die Anerkennung) rechtlich nicht entgegen; denn er hat durch jene Annahme oder Hingabe auf ein Mehr oder Weniger für die Zukunft nicht Verzicht geleistet. In ihrer factischen Wirksamkeit wird aber auch hier die Anerkennung nicht ausser Betracht bleiben dürfen. Ist nämlich die Bestimmung des Pachtvertrages, auf welche es ankommt, von zweifelhaftem Sinn, so bildet ohne Zweifel das in den bisherigen Leistungen enthaltene Anerkenntniss das gewichtigste Moment für die Annahme, dass der Pachtvertrag von vorn herein keinen anderen Sinn gehabt habe. Der Richter wird daher wohlthun, die Auslegung, welche auf diese Weise die Parteien selbst ihrem Vertrage gegeben, sich anzueignen, selbst dann, wenn er vielleicht bei völlig freier Beurtheilung eher zu einer gegentheiligen Auslegung gelangt sein würde. Erkenntnisse, welche sich solchen Interpretationsmomenten verschliessen, setzen sich mit den Rechtsanschauungen des Lebens und der bona fides des Verkehrs in den bedauerlichsten Widerspruch.

In der nunmehr zu gebenden Uebersicht der Rechtsverhältnisse, in welchen vornehmlich die Anerkennung sich wirksam zeigt, soll sich auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt, und namentlich Völker- und Staatsrecht übergangen werden; wiewohl auch in diesen nicht selten „Anerkennungen“ vorkommen, welche mehr als die blose Aeusserung einer Rechtsansicht sind.

§. 49.

Personen- und Familienrecht.

Die persönliche Rechtsfähigkeit und die status-Rechte können, da sie im Allgemeinen juris publici sind, in der Regel nicht durch Anerkennung begründet werden. Als Beispiel kann die römische Sclaverei dienen. Da Niemand durch Vertrag Sclave wurde, so wurde er es auch nicht dadurch, dass er sich selbst als Sclaven anerkannte. [1]) Ebensowenig wurde das, der Sclaverei sich annähernde, Colonatverhältniss durch sola confessio vel scriptura begründet. [2])

Dasselbe muss gelten, wo die persönliche Fähigkeit zur Abschliessung gewisser Rechtsgeschäfte durch prohibitive Normen beschränkt ist. Die eigene oder fremde Anerkennung dieser Fähigkeit kann dieselbe niemals geben.

Auch die meisten Verhältnisse des Familienrechts sind der einfachen Willensdisposition und damit einer rechtsbegründenden Wirksamkeit der Anerkennung entzogen.

Die Eingehung der Ehe ist heutzutage [3]) überall an bestimmte Formen geknüpft. Die einfache Anerkennung vermag daher niemals die Rechte der Ehe zu begründen. Ebensowenig kann durch Anerkennung der Nichtbestand einer Ehe festgestellt werden; ein Satz, der in der Unwirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses für die Entscheidungsklage eine Parallele findet.

Wohl aber vermag die Anerkennung die Anfechtbarkeit einer in rechtsgültiger Form abgeschlossenen Ehe zu beseitigen. Als Anfechtung charakterisirt sich aber nicht allein der Anspruch auf Scheidung, sondern auch auf Nichtigsprechung der Ehe, wenn derselbe auf ein s. g. impedimentum privatum, Zwang oder Irrthum über wesentliche Voraussetzungen bei Eingehung der Ehe, gebaut wird. Zwang und Irrthum haben hier ganz die nämliche (exceptivische) Natur wie im Obligationenrecht. Der auf sie zu gründende Anspruch wird daher durch jede Anerkennung des ehelichen Verhältnisses, namentlich auch durch eine freiwillige Fortsetzung desselben, ausgeschlossen. [4])

Die Verwandtschaft als Rechtselement ist im Allgemeinen der Privatdisposition entzogen. Zwar wird künstlich ein der Verwandtschaft nachgebildetes Verhältniss durch Adoption und Arrogation erzeugt; diese Rechtsacte sind aber an bestimmte Formen gebunden. Die blose Anerkennung vermag daher die Rechte der Verwandtschaft nicht zu be-

1) c. 6, 10, 22, 39 de liber. causa 7, 16. l. 9 pr. qui et a quib. man. 40, 9. (Savigny III. S. 103.)

2) c. 22 pr. de agric. 11, 47. Puchta Inst. II. §. 214.

3) Im röm. Recht war dies anders. Die Ehe wurde lediglich durch das Zusammenleben mit affectus maritalis geschlossen (Puchta Instit III. §. 289). Es vermochte daher auch bei ihr die Anerkennung zu wirken, was sich namentlich darin äusserte, dass eine anfangs rechtlich gehinderte Ehe, wenn sie das Hinderniss überdauerte, convalescirte. (l. 4. 27, 65 §. 1 de ritu nupt. 23, 2. Savigny IV. S. 556.)

4) cap. 21. X. de sponsal. 4, 1. Eichhorn Kirchenrecht II. S. 357.

gründen. Dagegen übt sie gerade hier eine bedeutende Kraft als Beweismittel aus, in welcher Beziehung wir dieselbe etwas näher betrachten wollen.

Die Verwandtschaft hat ihre Grundlage in der Zeugung. Während hierbei die Mutterschaft selten einem Zweifel unterliegt, ist dagegen die Vaterschaft von vornherein eine ungewisse, des besonderen Beweises bedürftige. Dieser Beweis kann naturgemäss nur dadurch hergestellt werden, dass ein bestimmter Mann, und nur dieser Mann in der Zeit, in welcher nach Verhältniss zur Geburt das Kind erzeugt werden konnte, mit der Mutter zu thun gehabt hat. Um diesen Beweis überhaupt möglich zu machen, hat das Recht zu bestimmten Präsumtionen und Fictionen seine Zuflucht nehmen müssen. Zunächst ist die mögliche Zeit der Zeugung im Verhältniss zur Geburt durch positive Rechtsregel fixirt worden. Sodann hat das Recht für die wichtigste Art der Verwandtschaft, die eheliche, die Regel aufgestellt: pater est, quem nuptiae domonstrant. Diese Regel ergiebt für den Fall, dass innerhalb der mit der Geburt des Kindes zutreffenden Zeit der Zeugung die Mutter in einer Ehe gelebt hat, die Präsumtion, dass der Ehemann auch in dieser Zeit den Beischlaf mit der Mutter vollzogen, und die Fiction, dass das Kind von diesem ehelichen Beischlaf herrühre, ohne Rücksicht darauf, ob etwa die Mutter während dieser Zeit auch noch mit Anderen zu thun gehabt. Die eheliche Vaterschaft wird daher durch den Bestand der Ehe während der mit der Geburt zutreffenden Zeit so lange als vollkommen erwiesen, als nicht dargethan wird, dass der Ehemann während jener Zeit den Beischlaf nicht ausgeübt habe, ein Beweis, der nur solche Thatsachen, welche die Unmöglichkeit der ehelichen Beiwohnung ergeben, erbracht werden kann. [5])

Aber auch die aussereheliche Vaterschaft ist rechtlich wichtig, theils weil sie durch die Legitimation der ehelichen sich assimilirt, theils weil sie nach vielen Rechten schon für sich Wirkungen, namentlich die Alimentationspflicht begründet. Der unehelichen Vaterschaft kommt nun eine solche Rechtsregel, wie der ehelichen, nicht zu Statten. Es bedarf daher jederzeit des Beweises, dass der angebliche Vater während der mit der Geburt zutreffenden Zeit mit der Mutter zu thun gehabt. Ist dies bewiesen, so steht der Beweisführung die allgemeine processualische Präsumtion zur Seite, zufolge deren die besondere Thatsache, dass die Mutter auch noch mit Anderen den Beischlaf verübt, nicht vermuthet wird. Diese Thatsachen, wenn gleich geeignet, die Gewissheit der Vaterschaft zu verneinen, gestaltet sich daher processualisch zu einer Einrede (der s. g. exceptio plurium concumbentium), welche die Annahme der Vaterschaft ausschliesst. [6])

5) Savigny, Syst. II. S. 388 flg.

6) Freilich ist die Zulässigkeit der exc. plur. concumb. der Alimentationsklage gegenüber bestritten (vergl. Puchta Pand. §. 316 und d. d. Angef.). Die Praxis fasst jedoch die Sache aus dem hier dargestellten Gesichtspunkte auf. Und jedenfalls würde, wenn die Existenz der unehelichen Verwandtschaft in anderer Beziehung (z. B. bei einer angeblichen Legitimation) zur Frage käme, die Beweisführung in der hier dargestellten Weise naturgemäss sich gestalten müssen.

Es gehört daher zum Beweise der ehelichen Vaterchaft:

1) der Beweis des Bestandes der Ehe mit der Mutter innerhalb der mit der Geburt zutreffenden Zeit;

2) die Ausschliessung des Beweises, dass während dieser Zeit eine eheliche Beiwohnung nich stattgehabt (unmöglich gewesen).

Für die uneheliche Vaterschaft aber kommt in Betracht:

1) der Beweis des Beischlafs mit der Mutter während zutreffender Zeit;

2) Ausschliessung des Beweises der exceptio plurium concumbentium.

Es kann auffallend erscheinen, dass das römische Recht die Frage, welchergestalt die Vaterschaft, ob namentlich durch Anerkennung festzustellen sei, nur selten berührt. In den meisten Verhältnissen, welche von dieser Frage abhängen, wird die Vaterschaft an sich als unzweifelhaft unterstellt. Der Grund hierfür liegt, wie ich glaube, für die eheliche Vaterschaft in der durchgreifenden Wirkung des Satzes: pater est, quem nuptiae demonstrant; für die uneheliche Verwandtschaft aber darin, dass diese nur für liberi naturales, d. h. Concubinenkinder, nicht auch für spurii, Wirkungen äusserte, das Concubinat aber als ein ständiges, der Ehe sich annäherndes Verhältiniss [7]) die Vaterschaft thatsächlich eben so bestimmt erkennen liess, wie die wahre Ehe. Nur für die Frage, ob Concubinat oder Ehe, finden wir in Nov. 117 c. 2 eine Regel dahin aufgestellt, dass wenn Jemand in einer öffentlichen Urkunde oder einem Testament ein Kind als seinen Sohn oder seine Tochter bezeichnet, hierdurch für die so bezeichneten und die übrigen mit derselben Mutter erzeugten Kinder der volle Beweis der ehelichen Kindschaft erwachsen soll. Gerade bei dieser Regel lässt sich aber die volle Anwendbarkeit für das heutige Recht bezweifeln, da dieselbe mit der Begründung der römischen Ehe durch affectio maritalis, ein rein subjectives Moment, zusammenhängt, während unsere heutige Eheschliessung als ein formeller Act einer strengeren Beweisführung ebenso bedürftig, als in den meisten Fällen auch fähig erscheint.

Gleichwohl liegt es in der Natur der Sache und den gesetzlichen Bestimmungen gewiss stillschweigend zu Grunde, dass die Anerkennung der Vaterschaft einen sehr erheblichen, im Zweifel für sich allein ausreichenden Beweis für dieselbe begründet. [8]) Die Anerkennung der ehelichen Vaterschaft hat hiernach (bei feststehendem Bestand der Ehe) die Bedeutung, dass dadurch der Vater die Beiwohnung innerhalb zutreffender Zeit zugesteht, und solchergestalt wider den ihm zustehenden Beweis des Gegentheils ein erhebliches Moment erbringt. Dieses Moment wird um so schwerer in die Wagschale fallen, als etwa dieser Beweis schon an sich schwierig und zweifelhafter Natur ist, wie z. B. dies oftmals der Fall sein wird, wenn die Unmöglichkeit der Beiwohnung auf Impotenz gegründet wird. Wäre dagegen der Ehemann jahrelang in der Ferne gewesen, und hätte dann ein in der Zwischenzeit entstandenes Kind als das seine anerkannt, so würde allerdings die Unmöglichkeit der

7) Puchta Inst. III. §. 287.

8) Vergl. auch l. 1 §. 3 de quaest. 48, 18.

Zeugung leicht zu erweisen, damit aber dem Anerkenntniss die Wirksamkeit genommen sein, so dass z. B. trotz der Anerkennung das Kind von der Erbschaft ausgeschlossen bliebe.

Ebenso enthält die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft unzweifelhaft das Geständniss des vollzogenen Beischlafs mit der Mutter und zwar in zutreffender Zeit. Es versteht sich jedoch von selbst, dass, da sich die zutreffende Zeit nach der Geburt des Kindes berechnet, ein in dieser Richtung sicheres Geständniss erst nach der Geburt abgelegt werden kann, und daher auch erst eine nach dieser erfolgte Anerkennung der Vaterschaft erheblich wird. Dagegen vermag diese Anerkennung die nachträgliche Verneinung der Vaterschaft mittelst des Beweises der exc. plurium concumbentium an sich nicht auszuschliessen. Zweifelhaft könnte dies nur etwa dann werden, wenn der angebliche Vater die Vaterschaft anerkannt hat, ungeachtet er wusste, dass die Mutter im Laufe der zutreffenden Zeit auch noch mit Anderen zu thun gehabt habe; nicht etwa deswegen, weil alsdann in der Anerkennung ein Verzicht auf den hieraus zu entnehmenden Einwand (welcher gar nicht die Natur einer eigentlichen Exception hat) enthalten wäre, sondern deshalb, weil in dem nahen Verhältnisse einer Geschlechtsverbindung Momente gedacht werden können, welche für den Anerkennenden ungeachtet jenes Umstandes die Ueberzeugung begründet haben mögen, dass er und nur er der Vater des Kindes sei. Bei der mehr factischen Natur dieser Frage möchte jedoch eine allgemeine Beantwortung derselben unthunlich sein.

Wenn hiernach die Anerkennung der Vaterschaft, ungeachtet sie zufolge der Eigenthümlichkeit der von ihr beeinflussten Beweisfragen von grosser Bedeutung ist, [9]) doch in Wahrheit völlig die Natur eines Beweismittels bewahrt, so folgt daraus weiter, dass es nicht darauf ankommen kann, wem gegenüber sie erfolgt, insofern nur die Ernstlichkeit des Zugeständnisses nicht zu bezweifeln steht. Sie wird daher mit gleicher Wirksamkeit der Mutter, oder anderen Anverwandten des Kindes gegenüber, vor dem Pfarrer, zu öffentlichen Acten, Kirchenbüchern etc. geschehen. [9a])

Die dargestellte Natur der Vaterschafts-Anerkennung schliesst jedoch nicht aus, dass diese in einer einzelnen Richtung, wo sich an sie bestimmte, der freien Disposition unterliegende Vermögensrechte anknüpfen, eine mehr formelle Natur annimmt. Eine solche erhält sie nämlich der Mutter gegenüber in specieller Beziehung auf die Alimentation des Kindes, zu welchem Zwecke im römischen Recht ein eigenthümliches Anerkennungsverfahren eingeführt ist. Cas SCum Plancianum bestimmt:

9) Es wird danach kein Bedenken haben, die Frage nach der Vaterschaft regelmässig durch die Anerkennung als erledigt zu betrachten und demgemäss z. B. wenn der Mann bei seiner Verheiratung ein von der Frau vorher geborenes Kind als von ihm erzeugt anerkennt, damit die Legitimation als bewirkt und die Vormundschaft als beendet anzusehen. Vergl. Savigny II. S. 389. Puchta Pand. §. 316, 440, u. insb. Sintenis, Civ.-R. III. §. 138, Anm. 11. 47. Vergl. auch Seuffert I. 163. VIII. 344. XI. 10. XII. 244. XIII. 232.

9a) Desgleichen kann es bei dieser Auffassung die Wirksamkeit der Anerkennung nicht beeinträchtigen, wenn der Anerkennende noch minderjährig gewesen. Seuffert XI. 199

wenn eine geschiedene Frau sich schwanger fühlt, so soll sie binnen 30 Tagen nach der Scheidung dem Manne davon Anzeige machen. Dieser kann alsdann dagegen, dass die Schwangerschaft von ihm herrühre, protestiren, auch Aufseher zur Verhütung einer Kindesunterschiebung bestellen. Protestirt er, so kann die Frau mittelst einer Präjudicialklage (de partu agnoscendo) den Mann zur Anerkennung der Vaterschaft nöthigen. Erkennt aber der Mann die Schwangerschaft als von ihm herrührend an, oder unterlässt er auch nur den Protest, so ist er unbedingt zur Alimentation des Kindes verpflichtet. [10]) Hierauf beschränkt sich aber auch die Wirkung jenes aussergerichtlichen Anerkennungsverfahrens; keineswegs wird durch die blose (ausdrückliche oder stillschweigende) Anerkennung das Kind zum wirklichen Kinde, zum suus heres des Mannes. [11]) Nur verbleibt immer jener Anerkennung ihre natürliche Wirksamkeit als Beweismoment und deshalb wird in Betreff des auf die anerkannte Filiation gegründeten Erbschaftsstreites gesagt: quandoque coepit causa agi, grande praejudicium affert pro filio confessio patris. [12]) Wird dagegen die Anerkennungsfrage von der Frau im Rechtswege contradictatorisch und ohne Collusion durchgeführt, so tritt ausnahmsweise die Wirkung ein, dass der Ausspruch über die Kindschaft allgemein rechtskräftig wird. [13]) Eine gleiche Klage auf Anerkennung der Vaterschaft ist der Mutter auch rücksichtlich der in der Ehe geborenen Kinder gegeben. [14])

Die vorstehenden Bestimmungen müssen auch noch für das heutige Recht gelten. Sie können zugleich eine Analogie für die Annahme abgeben, dass, wenn Jemand sich der Mutter gegenüber zum Vater eines unehelichen Kindes in der speciellen Richtung bekennt, um dadurch sich zur Alimentation des Kindes zu verpflichten, dieses Bekenntniss die Natur eines ächten Anerkennungsvertrags annimmt.

Noch weniger als dis Anerkennung des Vaters vermag die Erklärung der Mutter über die Vaterschaft die Natur eines Beweismittels zu überschreiten. [15]) Eine besondere Anwendung hiervon ist es, dass, wenn die Mutter die ihr nach dem SC. Plancianum obliegende Thätigkeit versäumt, dadurch dem Kinde, selbst rücksichtlich der Alimente, überall nicht präjudicirt wird. [16])

Bei der Vormundschaft hat die Anerkennung fast nur in vermögensrechtlichen (obligatorischen) Beziehungen Bedeutung, wovon unten (§. 57) die Rede sein wird. Die agnitio tutelae, zufolge deren nach l. 7 de tutelis (26, 1) der Vater für die von dem Haussohn übernommene Vormundschaft haften muss, fällt unter den Gesichtspunkt der Genehmigung.

10) l. 1 de agnosc. et alend. liber. 25, 3.
11) l. 1 §. 12, 14, 15 eod.
12) l. 1 §. 12 cit.
13) l. 1 §. 16. l. 2 u. 3 pr. eod. Savigny VI. S. 472.
14) l. 3 §. 1 eod.
15) l. 29 §. 1 de probat.
16) l. 1 §. 13 u. 15 de agn. et al. lib.

§. 50.

Eigenthum — Jura in re aliena.

Betreten wir das Gebiet der dinglichen Rechte, so finden wir, dass für das Eigenthum die Anerkennung keineswegs die Bedeutung hat, welche sie im Obligationenrechte einnimmt. Statt dessen übt dort der Besitz seine schützende Kraft aus (§. 1). Dem Rechte des Eigenthümers steht nicht die bestimmte Pflicht eines Einzelnen, sondern ein Nichtrecht Aller gegenüber; und eine vertragsmässige Feststellung dieses Nichtrechts ist weder möglich noch nöthig. Wenn ich im ruhigen Besitze meines Hauses bin, so würde es eine Thorheit sein, wollte ich Diesen oder Jenen herbeirufen, damit er mein Eigenthum an solchem anerkenne; der Herbeigerufene würde mir antworten, dass er ja mein Eigenthum nie bestritten habe. Ist meine Sache (z. B. ein mir entlaufenes Thier) zufällig in den Besitz eines Andern gelangt, so ist mein Eigenthum zwar der Anerkennung dieses zeitigen Besitzers bedürftig und fähig. Dieselbe erfolgt aber lediglich durch Erstattung des Besitzes. In dieser ist kein das Eigenthum selbst sicherndes Rechtsgeschäft, keine Tradition enthalten, welche (sei es auch nur eventuell) das Eigenthum übertrüge. Denn damit die Besitzübergabe als Eigenthumsübertragung wirke, ist nöthig, dass sie von der bewussten Absicht, das Eigenthum zu übertragen, begleitet sei; dies ist sie aber nicht, wenn der Besitzübertragende die Sache als bereits dem Empfänger zugehörig übergiebt.[1]) Die Folge hiervon ist, dass wenn derjenige, welcher mein Eigenthum durch Erstattung des Besitzes anerkannt hat, später findet, dass er selbst Eigenthümer sei, er die Sache vindiciren kann, ohne an irgend erschwerende Voraussetzungen (Nachweisung eines Irrthums) gebunden zu sein. Denn er hat kein Rechtsgeschäft vorgenommen, welches einer Anfechtung bedürfte. Darin aber nähert sich die Einräumung des Besitzes der ächten Anerkennung, dass sie demjenigen, welcher später in Widerspruch mit ihr sein Eigenthum verfolgt, primitiv die Beweislast zuwendet; (non possidenti incumbit probatio). [1a])

Noch weniger als die Besitzüberlassung kann die vom Eigenthümer blos ausgesprochene Ansicht, dass seine Sache einem Anderen gehöre, die Ueberlassung der Früchte der Sache, oder der einem Anderen bei Vindication der Sache geleistete Beistand irgend Rechte begründen. [2])

Wo der natürliche Besitz sich andauernd vom Eigenthume trennt, da pflegt ein zur Restitution des Besitzes verpflichtendes Obligationsverhältniss schützend einzutreten. So bei der Pacht, dem depositum, commodatum und pignus. In der Eingehung einer solchen Obligation liegt die Anerkennung, dass derjenige, welcher die Sache gewährt, Eigenthümer, oder wenigstens der Empfänger der Sache Nicht-

1) l. 2 §. 8 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (— quum tibi numos meos quasi tuos do, non facio tuos).

1a) Hiernach lässt sich sagen, dass im Gebiete des Sachenrechts der Besitz eine ähnliche Rolle spielt, wie im Gebiete des Obligationenrechts die Formalobligation.

2) c. 18 de rei vind. 3, 32. l. 79 de leg. II. l. 54 de R. V. 6, 1. l. 39 de pign. act. 13, 7.

eigenthümer sei. Aber auch diese Anerkennung äussert keine andere Wirkung, als dass sie für den Verpachter, Deponenten etc. die Vortheile des Besitzstandes begründet. Weit entfernt, dass dieselbe eine Entäusserung des Eigenthums enthalte, wirkt vielmehr das Eigenthum des Empfängers vernichtend auf das Obligationsverhältniss zurück. [2a]) Wer daher seine eigene Sache pachtet, ist dadurch nicht nur nicht verhindert, sein Eigenthum geltend zu machen, sondern darf auch, da ihm das frui licere schon als Eigenthümer zukommt und nicht erst durch die Pacht gewährt wird, diese als ungültig betrachten. [3]) Nur muss er, da er als Pachter ohne Zweifel für den Verpachter besitzt, sein Eigenthum darthun. Auch wird in Fällen dieser Art oftmals die beweisende oder interpretative [4]) Kraft der Anerkennung zur Geltung kommen.

Beim Niessbrauch, wo nicht schon nach Civilrecht ein Obligationsverhältniss der gedachten Art eintrat, schuf der Prätor ein solches künstlich, indem er den Usufructuar zur Cautionsleistung, d. h. zu der Stipulation nöthigte: et usurum se boni viri arbitratu, et, quum ususfructus, ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde extabit. [5]) Hierdurch gewann der Eigenthümer neben der rei vindicatio eine, ihn processualisch sichernde, persönliche Klage auf Wiedererstattung der Sache, und so bildete die fragliche Caution gleichsam einen das Eigenthum sichernden Anerkennungsvertrag. Aber auch diese Obligation sicherte nur die Rückkehr des Besitzes; das Eigenthum selbst ward dadurch nicht festgestellt. [6])

Ganz das nämliche Verhältniss tritt heutzutage ein, wenn z. B. der, welcher durch Zufall in den Besitz meiner Sache gelangt ist, statt diese sofort zurückzugeben, mir erklärt, dass er mein Eigenthum daran anerkenne. Auch diese Erklärung enthält ein obligatorisches Versprechen, aber nur ein solches auf Erstattung des Besitzes.

Die schwächere Wirkung der Anerkennung des Eigenthums, im Gegensatz zu der Anerkennung einer Schuld, beruht also darauf, dass erstere nicht ein vollkommenes Surrogat des anerkannten Rechts in das Vermögen des Berechtigten überträgt, sondern nur ein unvollkommenes, den Besitzstand, demselben zuwendet. Eine vertragsmässige Feststellung

2a) l. 45 de R. J. — Vortrefflich handelt dermalen über die Grundlage dieser röm. Auffassung Jhering G. d. r. R. Bd. 3 S. 65 flg.

3) c. 20, 23 de loc. cond. 4, 65. Wenn hier des Irrthums erwähnt wird, so kann dies nur als die natürliche Veranlassung des Falles verstanden werden; rechtlich hängt nichts davon ab. Vergl. l. 16 de contr. emt. (S. 18).

4) Rechtsfall: A. hatte von B. eine Fabrik mit dem Fabrikinventar gekauft, später aber mit B. noch über mehrere in der Fabrik befindliche Gegenstände einen besonderen Kaufvertrag abgeschlossen. Er verweigerte aus diesem letzteren die Zahlung, weil die Gegenstände zum Fabrikinventar gehört haben und daher schon sein Eigenthum gewesen seien. Das OG. zu C. entschied: Da A. durch Abschluss des zweiten Kaufs anerkannt hat, dass die Gegenstände in dem Inventar nicht mitbegriffen seien, so hat er zu zahlen.

5) l. 1 pr. usufr. quaemadm. 7, 9. — Nach richtiger Auffassung des röm. Rechtes muss angenommen werden, dass dieses obligatorische Verhältniss beim ususfructus heutzutage von selbst eintritt.

6) l. 1 §. 7 eod. Sed quod diximus, id, quod inde extabit, restitutum iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius: inutiliter enim rem suam stipulari videtur.

des Eigenthums selbst lässt sich nicht wohl anders denken, als wenn bereits bestimmte Ansprüche auf solches erhoben oder doch als möglich gedacht sind. Alsdann aber überschreitet jene Feststellung die Natur der eigentlichen Anerkennung; sie wird zum Verzicht oder Vergleich. Wenn zwischen Pachter und Verpachter streitig ist, ob gewisse Grundstücke in der Pacht mitbegriffenes Eigenthum des Verpachters oder Eigenthum des Pachters seien, und bei Erneuerung der Pacht werden zur Erledigung des Streites die Grundstücke als mitverpachtet in den Pachtbrief aufgenommen, so hat nunmehr der Pachter seinen Eigenthumsansprüchen entsagt; [7]) und es würde verkehrt sein, die Vorschriften wegen Ungültigkeit der Pacht einer eigenen Sache hierauf anzuwenden. Wenn die Grenze zweier Hofreithen ungewiss ist, und die Nachbarn vereinigen sich an Ort und Stelle dahin, dass jeder das Eigenthum des Andern bis zu einer bestimmten Grenzlinie anerkennt, so hat diese Vereinigung die Natur eines Vergleichs über den Grenzstreit, wodurch das beiderseitige Eigenthum festgestellt wird.

Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Verträge ist aber, dass sie, wenn für die Uebertragung des Eigenthums eine bestimmte Form (z. B. für die Veräusserung von Immobilien gerichtliche Mitwirkung) vorgeschrieben ist, auch dieser Form Genüge leisten. Ohne solche können sie nur die Wirksamkeit üben, welche aus der Uebertragung des Besitzes und der natürlichen Beweiskraft der Anerkennung folgt. [8])

Im Gegensatz zum Eigenthum nähern sich die jura in re aliena in mehrfachen Beziehungen den Obligationen, namentlich darin, dass der in ihnen enthaltenen Berechtigung eine bestimmte Pflichtigkeit, die des jezeitigen Eigenthümers der belasteten Sache, correspondirt; [9]) sodann, dass es bei ihnen keinen Besitz giebt, welcher dem Eigenthümer gegenüber von dem Beweise des Rechts in ähnlicher Weise befreite, wie der Beitz der Sache dem Vindicanten gegenüber von dem Beweise des Eigenthums. [10]) Zufolge dieser obligationenähnlichen Natur sind jene Rechte der Feststellung durch Anerkennungsvertrag fähig. Nur ist hierbei weit weniger, als bei den Obligationen, das Bedürfniss vorhanden, dass die erneuerte Bestellung der Servitut, des Pfandrechts etc. sich als An-

7) Man braucht dabei nicht nothwendig an eine Schenkung zu denken. Der Pachter kann z. B. die causa seiner Entsagung darin finden, dass ihm die Pacht noch länger gelassen wird. — Die für den Eigenthumsübergang erforderliche Besitzübertragung würde hier durch constitutum possessorium bewirkt sein.

8) Diese Wirksamkeit wird oftmals nicht gering anzuschlagen sein, indem es z. B. bei einer aussergerichtlich festgestellten Grenze leicht sein Bewenden haben wird, weil kein Theil eine andere Grenze als die richtigere beweisen kann. Freilich aber dauert diese Wirksamkeit nicht länger, als eben der Besitzstand, da jeder andere Besitzstand, wenn er nicht vitiös entstanden ist, gleiche Berechtigung hat, wie der früher anerkannte. Diese Grundsätze entscheiden auch über die Bedeutung der nach dem anerkannten Besitzstand aufgenommenen Flurkarten, so lange solchen nicht gesetzlich eine formelle Beweiskraft verliehen ist.

9) Dies giebt sich auch kund in den Ausdrücken „servitus debita" (was eine bestehende Servitut bezeichnet; l. 39 de act. emt vend. l. 21 de aqua et aq. pl. l. 25 §. 13 fam. herc. l. 27 §. 4 de usufr.), „obligatio rei" (Pfandrecht).

10) Für Servituten ist dies jedoch bestritten. Vergl. Vangerow Pand. 1. § 350. Seuffert I. Nr. 18, 19.

erkennung eines schon bestehenden Rechts manifestire und dadurch ihre materielle Identität mit letzterem ausweise. Denn eine Servitut zu Gunsten desselben Berechtigten, eine Hypothek zu Gunsten der nämlichen Forderung kann an ein und derselben Sache immer nur einmal bestehen, mag solche noch so oft bestellt werden. Dritten Personen gegenüber vermag ohnehin die Erneuerung solcher Rechte nicht rückwärts zu wirken.

Dagegen enthält die blose Einräumung der Servitut-Ausübung keine ächte Anerkennung. Sie gewährt nur die Vortheile des Servituten-Besitzes.

Auch die Nichtexistenz eines jus in re aliena kann Gegenstand eines Anerkennungsvertrags sein. Einen solchen enthält die Quittirung einer hypothekarischen Forderung rücksichtlich des Pfandrechts (s. u. §. 61 a. E.).

Einen ächten Anerkennungsvertrag bildet ferner die Erneuerung des Lehns oder der Leihe, wie sie bei Veränderungsfällen in der herrschenden oder dienenden Hand durch neue Ertheilung eines Lehnbriefs zu geschehen pflegt; vorausgesetzt, dass diese Form auch zu einer ersten Verleihung genügt. Dagegen begründen die Ausstellung des Lehnreverses, die Einholung des lehnsherrlichen Consenses, die Entrichtung von Recognitionsgeldern etc. Seitens des Vasallen oder Leihemanns keine ächte Anerkennung, sondern nur die Vortheile des Besitzstandes für den dominus directus.

Eine noch mehr den Obligationen ähnliche Natur haben die deutschrechtlichen Reallasten.[11]) Sie eignen sich daher vollkommen zur Feststellung durch Anerkennungsvertrag.[11a]) In den vielfachen Rechtsstreiten, welche die Neuzeit über dergleichen Gerechtsame hervorgerufen hat, ist sehr häufig von Seiten der Berechtigten auf anerkennende Erklärungen Bezug genommen, welche die Pflichtigen über den Bestand der Reallast in Saal-, Flur- und Lagerbüchern, Zins- und Heberegistern, oder bei Errichtung der Steuerkataster etc. abgegeben hatten. Ueber die Bedeutung solcher Anerkennungsacte wird vielfach geschwankt.[11b]) Man hat ihnen mitunter eine rechtsbegründende Kraft beigemessen, selbst in Fällen, wo die Voraussetzungen eines wirksamen Anerkennungsvertrags nicht vorlagen.[12]) Noch öfter hat man umgekehrt dieselben, wo sie das

11) Savigny Obl. R. I. S. 134.

11a) Seuffert III. Nr. 24.

11b) Wetzell, Civ. Prozess §. 22 N. 6.

12) Als Beispiel kann ein bei Strippelmann, OAG. Entsch. I. S. 212 flg. abgedruckter Fall dienen. Die Universität M. machte das Recht, von jedem Hause zu L. jährlich ein Huhn und einen Hahn zu beziehen, wider einen Einwohner zu L. klagend geltend. Sie bezog sich auf ein Saalbuch der Universitätsvogtei vom Jahre 1669, worin die damaligen Hausbewohner die Verpflichtung zur Zahlung der fraglichen Abgabe anerkannt hatten. Das OAG. sprach aus (1840): „dass, weil die Gesammtheit der damaligen Hausbewohner der Gemeinde die Abgabe einmüthig anerkannt habe, hierdurch eine Verbindlichkeit für alle künftigen Hausbewohner in der Gemeinde begründet worden sei". Es macht sich gegen diese Auffassung der Zweifel geltend, ob denn durch Vertrag der zeitigen Hausbesitzer die gesammte Gemeindegemarkung dergestalt belastet werden könne, dass fortan jeder Besitzer eines (auch neuerbauten) Hauses vertragsmässig die Abgabe schulde? — eine Frage, die wohl nur zu bejahen steht, wenn man die Gesammtheit der Hausbesitzer als Repräsentanten einer die jeweiligen Hausbesitzer innerhalb der Gemeinde umfassenden Genossenschaft ansieht.

streitige Recht nicht zu begründen vermochten, [13]) auch in ihrer beweisenden Kraft unberücksichtigt gelassen. Allerdings entstand hier oftmals die oben (S. 148) geschilderte Schwierigkeit, dass das Realrecht, dessen Erwerb thatsächlich begründet werden musste, nicht im Allgemeinen, sondern seinem speciellen Entstehungsgrund nach (also z. B. dessen unvordenklicher Besitz) zu Beweis gestellt wurde, für diesen speciellen Entstehungsgrund aber jene Anerkennungsacte kein Beweismittel abgaben. Gerade in solchen Fällen hat das Ober-Appellationsgericht zu C. mehrfach unter Hintansetzung der processualischen Schärfe eine vermittelnde Thätigkeit in der Art geübt, dass es der Anerkennung eine wesentlich unterstützende und ergänzende Kraft für das Ergebniss der Beweisführung im Ganzen beimass. [14])

§. 51.

Erbrecht.

Im Gebiete des Erbrechts kommen Fälle der Anerkennung in sehr verschiedener Bedeutung vor.

Die Erbschafts-Antretung und Ausschlagung sind Acte, in welchen der Wille ohne Rücksicht auf Form zur Geltung kommt. [1]) Während sie im Allgemeinen von den Motiven dieses Willens unabhängig sind, ist dagegen ihre Wirksamkeit völlig bedingt durch die Kenntniss von der Erbschaftsdelation und der Art derselben. [2]) Wer daher anerkennt, Erbe Jemandes geworden zu sein, dessen Erbschaft ihm bewusster Massen deferirt ist, giebt dadurch ohne Zweifel zu erkennen, dass er Erbe sein will. Jene Anerkennung wirkt daher als Erbschaftsantritt. Ist ihm dagegen die Erbschaft gar nicht oder nicht in der unterstellten Weise deferirt, so ist jene Anerkennung bedeutungslos. Sie enthält keinen Rechtsact, der einer Anfechtung bedürftig wäre; es kommt daher auch nicht darauf an, ob ihr ein entschuldbarer Irrthum zu Grunde liegt.

Die Anerkennung der Erbberechtigung eines Andern von Seiten desjenigen, welcher selbst zu der Erbschaft berufen ist, [3]) kann, wenn sie im Bewusstsein der eigenen Berufung zur Erbschaft geschieht, als Erbschaftsausschlagung, und wenn sie speciell zu Gunsten des als Erben Anerkannten erfolgt, sogar als schenk- oder vergleichsweise bewirkte Ueberlassung der Erbschaft an diesen wirksam werden. [3a]) So weit aber

13) Im Kurh. Rechte stellt sich ihrer rechtsbegründenden Wirksamkeit meistens der Umstand entgegen, dass Immobiliarrechte nicht aussergerichtlich erworben werden können.

14) Uebereinstimmend hiermit ein Erk. d. OAG. zu Jena bei Seuffert IV. Nr. 150. Vergl. auch das. I. Nr. 290, 291. V. Nr. 77. XI. Nr. 12.

1) l. 20 pr. l. 95 de acq. vel omm. her. 29, 2.

2) l. 19, 22, 23 eod.

3) Vergl. hierüber Franke, über Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen, im Arch. f. civ. Pr. XIX. S. 177 flg.

3a) Eine solche Anerkennung fremder Mitberechtigung an der Erbschaft, angeordneter Legate etc. etc. wird auch darin gefunden werden müssen, wenn der berufene Erbe — wie dies öfters aus Pietätsrücksichten geschieht — ein formell ungültiges Testament seines Erblassers, welches derartige Anordnungen enthält, als dessen letzte

diese Voraussetzungen nicht voliegen, schliesst jene Anerkennung von der Verfolgung des eigenen Erbrechts nicht aus. Da sie nicht zu einem an sich bindenden Rechtsact sich gestaltet, so ist auch nichts vorhanden, was der Anfechtung mittelst Irrthums bedürfte. Auf einen Irrthum kommt es nur insoweit an, als derselbe erforderlich ist, um der Anerkennung den Charakter einer Erbschaftsausschlagung etc. zu entziehen. Dazu aber genügt jeder Irrthum ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit. Auch muss das Nichtvorhandensein des Irrthums positiv erhellen, um die Ausschliessung des Anerkennenden aus dem gedachten Gesichtspunkte zu begründen; wenn gleich die Umstände einen weiteren Beweis erübrigen können.

Vielfache Quellenaussprüche bestätigen das hier Gesagte. Wer aus einem für gültig gehaltenen Testamente die Erbschaft antritt, oder ein Legat annimmt, oder das Testament auf andere Weise anerkennt, ist dadurch nicht gehindert, das Testament als falsch oder als nichtig anzufechten und die Intestaterbschaft zu beanspruchen. [4]) Die hereditatis petitio steht dem Intestaterben ipso jure zu, d. h. ohne dass es einer Anfechtung der durch Annahme des Legats bethätigten Anerkennung bedarf. Nur unter Umständen soll ihm die hereditatis petitio versagt werden, d. h. wenn positiv erhellt, dass er durch Anerkennung des Testaments auf sein Erbrecht habe verzichten wollen. [5]) Auch der natürlichen Beweiskraft der Anerkennung kann sich derjenige, welcher eine fremde Erbberechtigung anerkennt, nicht erwehren. Hat also ein Verwandter des Erblassers einen Andern zufolge dessen vermeintlich näherer Verwandtschaft als Erben anerkannt, indem er z. B. ein Legat von ihm angenommen und ihm als Erben quittirt hat, so hat er sich dadurch in die Lage gebracht, wenn er später die Erbschaft für sich in Anspruch nimmt, wider die bestrittene Verwandtschaft des Andern Beweis führen zu müssen. [6])

Willensordnung bei dem Nachlassgerichte anerkennt, also z. B. ein formlos errichtetes Privat-Testament als Norm für die Ordnung des Nachlasses selbst bei Gericht einreicht. Denn er erklärt damit, sich freiwillig jenen Anordnungen, gleich als ob sie ihn rechtlich bänden, unterwerfen zu wollen. Der Richter erscheint kraft der ihm im Allgemeinen für Nachlassangelegenheiten gebührenden Obsorge berufen, eine solche Erklärung im Interesse Aller, welche sie angeht, entgegenzunehmen. Vergl. auch c. 16 de testam. 6, 23. (Anm. 31).

4) l. 3 de lege Corn. de fals. 48, 10. l. 5 pr. §. 1 de his quae ut indign. 34, 9. l. 8, 43, 44 de H. P. 5, 3. l. 46 de bon. lib. 38, 3. c. 3 ad leg. Corn. 9, 22.

5) l. 5 §. 1 de his quae ut indign. (Paulus): — De eo vero, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: Cognati Sophronis, licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit et jure intestati ad eos cognatos pertineat, petere hereditatem ipso jure poterunt. Prohibendi autem sint, an non, ex cujusque persona, conditione, aetate, cognita causa a judice constituendum erit. Den Satz: Prohibendi autem sint, an non etc. mit Mühlenbruch (Glücks Comment. Bd. 38 S. 145) auf die Ausschliessung von den Vermächtnissen zu beziehen, dürfte dem natürlichen Zusammenhang, so wie folgender Parallelstelle widersprechen: l. 45 de H. P. (Paulus) — Imperator autem Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamendo abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, scilicet si manifesta calumnia sit. Vergl. Franke a. a. O. S. 189 flg.

6) l. 15 de prob. 22, 3.

Mit den in diesen Stellen enthaltenen Grundsätzen steht freilich eine von Paulus in l. 97 de acq. v. omm. her. mitgetheilte Entscheidung Papinians in auffallendem Missverhältniss. Danach soll derjenige, welcher in zwei Testamenten desselben Erblassers zum Erben eingesetzt ist, wenn er auf Grund des jüngeren, vermeintlich gültigen Testaments die Erbschaft angetreten hat, später aber dieses Testament sich als ungültig ausweist, auch die Erbfolge aus dem älteren Testament, gleich als ob er sie ausgeschlagen, verloren haben. Es legt jedoch Paulus selbst gegen diese Entscheidung sofort Widerspruch ein; [7]) und wenn auch erwähnt wird, dass Papinian sich gleichwohl für Eintritt der Intestaterbfolge ausgesprochen habe, so muss doch ohne Zweifel auf die widersprechende Ansicht des Paulus das entscheidende Gewicht gelegt werden, da diese auch noch in anderen Stellen zur Anwendung gekommen ist [8]) und allein mit allgemeinen Grundsätzen in Einklang steht. [9])

Eine weit strengere Bedeutung gewinnt die Anerkennung, sobald es sich nicht darum handelt, durch Ausschlagung einer ipso jure zustehenden Erbschaft der Erbberechtigung eines Anderen erst die Grundlage zu verschaffen, sondern die Anfechtung einer an sich schon begründeten fremden Erbberechtigung auszuschliessen; ganz so wie im Obligationenrecht die Anerkennung zur Ausschliessung einer Exception einer unvollkommeneren Bethätigung bedarf, als zur Begründung einer Forderung.

Demnach ist die querela inofficiosi testamenti demjenigen versagt, welcher auf irgend eine Weise die Anordnung des Erblassers anerkannte (judicum defuncti agnovit). [10]) Diese Anerkennung kann aber nicht allein durch ausdrückliche Billigung des Testaments erfolgen; [10a]) sie wird schon gefunden in der Annahme eines darin vermachten Legates, in der Eingehung von Rechtsgeschäften mit dem eingesetzten Erben als solchem, in der Vertretung eines Legatars bei Einklagung des Legats als Advocat oder Procurator etc. Die hierdurch für die Inofficiositäts-Querel begründete Eigenthümlichkeit findet besonders in folgender Stelle ihren Ausdruck:

l. 5 pr. de his, quae ut indign. (34, 9): Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur.

7) — dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius (testamentum) valere.

8) l. 19 de inoff. test. 5, 2 (Paulus). — nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri.

9) Vergl. Franke a. a. O. S. 202 flg. Gleichwohl ist die Ansicht Papinian's einem bei Seuffert V. S. 412 mitgetheilten Erkenntniss des OAG. zu Jena zu Grunde gelegt, während in dem Urteil zweiter Instanz die entgegengesetzte Ansicht sehr richtig vertreten war. Seuffert selbst missbilligt das Erkenntniss dritter Instanz. Charakteristisch ist, dass darin der Satz figurirt: dem aus dem falschen Testament Antretenden falle ein Rechtsirrthum zur Last, welcher dem nichts nütze, welcher etwas erwerben wolle — ein Satz, worin sich wieder die ungenügende Unterscheidung zwischen ächter und unächter Anerkennung abspiegelt.

10) l. 8 §. 10. l. 10 §. 1. l. 23 §. 1. l. 31 §. 3 u. 4. l. 32 de inoff. test. 5, 2. c. 8 §. 1 eod. 3, 28.

10a) Seuffert VIII. 224.

Man hat mitunter die Wirksamkeit dieser Anerkennung auf die Annahme eines wirklichen thatsächlichen Verzichts zurückgeführt; und aus diesem Gesichtspunkt gelangt Mühlenbruch, in gleichzeitigem Hinblick darauf, dass auch bei einem nichtigen Testament die wissentliche Anerkennung als Ausschlagung wirksam werde, zu der Annahme, dass zwischen einem anerkannten testamentum injustum und inofficiosum ein wesentlicher Unterschied der Anfechtbarkeit nicht vorhanden, der in der vorgedachten Stelle von Paulus hervorgehobene Gegensatz vielmehr nur darauf zurückzuführen sei, dass im ersteren Fall ein error facti, im letzteren dagegen ein error juris regelmässig vorausgesetzt werden müsse. 11) Es ist jedoch dieser Ansicht bereits von Anderen widersprochen worden. 12) Und in der That geht die Anerkennung eines inofficiösen Testaments über den Begriff des Verzichts, d. h. eines bewussten Aufgebens von Rechten, hinaus; 13) dürfte vielmehr auf folgende Anschauung zurückzuführen sein.

Die querela inoff. test. hat ihre eigentliche Grundlage in der Verfolgung der durch die Enterbung zugefügten persönlichen Verletzung, zu welcher die Erlangung von Vermögensvortheilen nur consecutiv sich verhält. Sie gilt deshalb als actio vindictam spirans, wird nicht auf die Erben übertragen, und auch der Haussohn ist für seine Person zu ihrer Anstellung berechtigt; denn sein ist die injuria, die indignatio. 14) Sie geht hiernach völlig mit der Injurienklage parallel, 15) welcher ebenfalls, wenn sie gleich eine Geldsumme verfolgt, ganz die Idee einer Ahndung persönlicher Verletzung zu Grunde liegt. Weil aber die persönliche Verletzung nur in der Subjectivität des angeblich Verletzten ihre Realität erreicht, so zeigt sich die Injurienklage im höchsten Masse empfindlich gegen jedes Moment, das die Verletzung als subjectiv nicht vorhanden oder erledigt ausweist. Deshalb wurde die actio injuriarum durch ein pactum de non petendo nicht ope exceptionis, sondern ipso juro getilgt; 16) deshalb wird dieselbe schon dadurch ausgeschlossen, dass der angeblich Verletzte die Injurie gleich bei ihrer Zufügung sich nicht zu Gemüthe gezogen hat. 17) Derselbe Gesichtspunkt dürfte bei der Ausschliessung der Inofficiositäts-Klage durch die agnitio judicii defuncti obwalten. Wer auf irgend eine Art an den Tag gelegt hat, dass er sich durch den Inhalt des Testaments nicht verletzt fühlt, soll nicht damit gehört werden, wenn er nachträglich in Entrüstung gerathen zu sein vorgiebt. Es ist „ex bono et aequo“ kein Bedürfniss, einer Pietät Rechnung zu tragen, die

11) Glücks Pand. Comm. Bd. 38 S. 141. Bd. 35 S. 454.

12) Franke a. a. O. S. 181. Sintenis Civ.-R. III. §. 199, N. 14.

13) Ebenso wie man auch nicht sagen kann, dass der, welcher auf eine cautio eine Zahlung leistet, damit auf die exc. n. n. p. eigentlich verzichte, oder dass der Ehegatte, welcher bei vorliegenden Scheidungsgründen den Beischlaf ausübt, damit ein pactum de non petendo abschliesse. Alle diese Handlungen werden nur einem Verzicht rechtlich gleichgeachtet.

14) l. 8 pr. l. 22 pr. de inoff. test.

15) Vergl. Savigny II. S. 128 flg.

16) l. 17 §. 2. l. 27 §. 2 de pact. 2, 14.

17) l. 11 §. 1 de injur 47, 10. Injuriarum actio ex bono et aequo est, et dissimulatione aboletur; si quis enim injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recolere.

von vornherein gar nicht in Anspruch genommen ist. Nur wenn er durch einen Betrug des eingesetzten Erben zum Aufgeben der Querel vermocht ist, soll ihm deren nachträgliche Anstellung unbenommen sein. [18]) Auch setzt die Anerkennung des Testaments die richtige Kenntniss von dessen Inhalt voraus; und die Querel wird deshalb zugelassen, wenn das Legat, welches der Enterbte in Anspruch genommen hat, ihm später wieder entzogen ist. [19])

Uebrigens ist durch die von Justinian vorgenommene Umbildung des Notherbrechts die Bedeutung der agnitio wo nicht gänzlich beseitigt, doch jedenfalls erheblich beschränkt worden. Namentlich schliesst die Annahme eines Legats den Enterbten von der Querel deswegen nicht mehr aus, weil schon die Hinterlassuug eines Legats die Querel ausschliesst und nur die s. g. actio suppletoria zulässt. [20]) Diese letztere aber soll nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift [21]) durch die ohne Vorbehalt geschehene Annahme und Quittirung des Hinterlassenen nicht ausgeschlossen, vielmehr auf das Fehlende stets zugelassen werden;

> nisi hoc specialiter sive in apocha, sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem:

d. h. wenn nicht ein Vergleich oder Anerkennungsvertrag vorliegt;

> tunc enim, omni exclusa querela, paternum amplecti compelletur judicium.

Wie die Inofficiositäts-Querel steht auch die bonorum possessio contra tabulas einer ipso jure gültigen Erbeinsetzung gegenüber. Wer daher diese Erbeinsetzung in irgend welcher Weise anerkennt, legt hiermit an den Tag, dass er auf die bon. possessio keinen Anspruch mache; [22]) und es liegt kein Grund vor, ihn nachträglich zu diesem beneficium Praetoris [23]) zuzulassen.

Kehren wir zu den Fällen zurück, wo es sich um die Anerkennung einer überall nicht vorhandenen fremden Erbberechtigung handelt. Da diese nur als Ausschlagung oder Uebertragung der Erbschaft wirksam werden kann, so kann es auch meinen Erbansprüchen nicht schaden, wenn ich demjenigen, welchen ich für den berufenen Erben halte, in Anerkennung dieser Eigenschaft die Erbschaft oder einen Theil derselben aushändige. Dieser Fall steht ganz auf gleicher Linie mit dem oben erwähnten (S. 154), dass ich eine Sache dem vermeintlichen Eigenthümer erstatte. Ein Vermögensrecht wird dadurch nicht übertragen; nur der Besitz wird geändert, was keine ächte Anerkennung enthält. [24]) Daher

18) l. 21 de inoff. test.

19) l. 12 §. 2 eod.

20) c. 30 de inoff. test. 3, 28.

21) c. 35 §. 2 eod.

22) l. 5 §. 2 de leg. praest. 37, 5. l. 3 §. 15, 16. l. 10 §. 3 de B. P. cont. tab. 37, 4. Franke a. o. O. S. 182.

23) l. 30 de minor. 4, 4.

24) Nicht zu billigen ist, wenn Mühlenbruch (Glücks Comm. 38 S. 148) die für die Leistung und Anerkennung von Legaten geltenden Grundsätze auch auf die Ausantwortung der Erbschaft selbst anwenden will. Von einer cond. ind. kann hier nicht die Rede sein; denn die Pflicht des Erbschaftsbesitzers, dem Erben den Besitz zu überlassen, ist kein debitum.

begründet auch eine solche Aufnahme in den Mitbesitz der Erbschaft (der hereditas pro indiviso) keinen Usucapionstitel. [25])

Anders, wenn ich mit meinem vermeintlichen Miterben die wirkliche Erbschaftstheilung vornehme, indem wir die ideellen Antheile an den Erbschaftssachen gegenseitig austauschen. Hier habe ich zur Erfüllung einer von mir anerkannten Obligation, der Verpflichtung zur Theilung, Eigenthum übertragen. Die Anerkennung des gegenseitigen Miterbrechts vermag daher als ächte zu wirken. Ich kann deshalb nicht mehr mit der hereditatis petitio wider den irrig als Miterben Angenommenen auftreten, muss vielmehr mich der condictio indebiti bedienen. [26])

Indem ich mit meinem Miterben die Erbschaft als solche theile, erkenne ich zugleich die Verpflichtung desselben zur Erbtheilung im Allgemeinen für erledigt an. Die Folge davon ist, dass ich einen Anspruch auf weitere Theilung nicht mittelst einer s. g. Universalklage (d. h. mit der in der heutigen Praxis begründeten Klagbitte, dass der verklagte Miterbe die in seinem Besitz befindlichen noch ungetheilten Erbschaftssachen angebe und die Vollständigkeit dieser Angabe eidlich bestärke), sondern nur mittelst specieller Darlegung, welche unvertheilte Erbschaftssachen der Gegner noch innehabe, geltend machen kann. [27]) Habe ich bei der Erbtheilung zugleich ausdrücklich anerkannt, dass nichts zu theilen übrig geblieben sei, so kann ich das hierin liegende pactum de non petendo nur mit der replica doli beseitigen, welche der Begründung nach den Grundsätzen der condictio indebiti bedürfen wird. [28])

Ein obligatorisches Verhältniss besteht auch zwischen dem Erben und dem Legatar, selbst wenn diesem eine bestimmte Sache als Eigenthum vermacht sein sollte. Der Erbe kann daher, wenn er ein ungültiges Legat leistet, dieses nur mittelst der cond. indeb. zurückfordern. [29]) Dasselbe tritt ein, römisch rechtlich, wenn der Erbe das Legat im Wege der Stipulation versprach, [30]) und heutzutage, wenn er sich durch Anerkennungsvertrag zu dessen Leistung verpflichtet. Eine unvollkommen bethätigte Anerkennung wird jedoch in der Regel nicht genügen, um das Legat gültig zu machen. [31])

Es ist endlich hier zu erwähnen, dass das Vermächtniss selbst zur Anerkennung bestehender Rechte dienen kann. Schon oben ist bemerkt, wie auch das Legat eine abstrakte, von seiner causa unabhängige Natur

25) l. 29 de usurp. et usucap. 41, 3 (vergl. mit l. 17 eod. u. l. 7 si pars hered. 5, 4).

26) l. 36 fam. herc. 10, 2. c. 4 de jur. et facti ign. 1, 48.

27) Dies ist der Sinn, in welchem heutzutage noch die Bestimmung der l. 20 §. 4 fam herc. zur Anwendung kommt.

28) l. 35 de pactis.

29) c. 2 si adv. solut. 2, 33. c. 7 de cond. ind. 4, 5. c. 9 ad. leg. Falc. c. 50. c. 2 de fideicomm. 6, 42.

30) l. 20 §. 1 de donat. 39, 5. c. 23 de fideic.

31) Zweifeln könnte man hierüber, da es in c. 16 de testam. 5, 23 allgemein heisst: etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat. Worin diese Anerkennung aber bestehen müsse, lässt die c. 23 de fideic. erkennen. Vergl. jedoch l. 45 pr. §. 1 de fideicomm. libert. 40. 5; und ob. Anm. 3a.

hat (S. 23), wie demzufolge das legatum debiti der stipulatio debiti sehr ähnlich ist (S. 83), indem beide einen zweiten selbständigen Verpflichtungsgrund abgeben, der nur durch Nachweisung des Irrthums anzufechten steht. Freilich kommt für diese Anfechtung letztwilliger Verfügungen die Frage nach der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht in Betracht. [32]) Es wird die Nachweisung genügen, dass die Schuld nicht bestehe, der Testator aber sie irrig für bestehend gehalten habe, um anzunehmen, dass nur hierdurch der Testator zu dem Legat bestimmt sei; womit die exceptio doli wider den Anspruch begründet ist. [33])

Sowie ich nun testamentarisch anordnen kann, dass Jemandem etwas geleistet werde, weil ich solches bereits schulde, so kann ich auch verfügen, dass Jemandem ein Recht eingeräumt werde, weil ihm dasselbe ohnehin schon zustehe; [34]) dass eine Forderung nicht eingeklagt werde, weil sie bereits erledigt sei; mit einem Worte, ich kann eine jede Berechtigung als angeblich schon bestehende zum Gegenstand eines Legats machen.

Da aber für die Anordnung eines Legats innerhalb der in gehöriger Form errichteten letztwilligen Verfügung jede Art des Willensausdrucks genügt, so brauche ich nicht, um ein Legat der gedachten Art zu begründen, ausdrücklich zu sagen, es solle auf Grund dieses oder jenes von mir anerkannten Rechts das eine oder das andere geschehen; vielmehr genügt es, wenn ich in meiner letztwilligen Verfügung nur das fragliche Recht selbst anerkenne, vorausgesetzt, dass die Art und Weise dieser Anerkennung die Absicht verräth, dass mein Erbe das bezeichnete Recht respectiren solle. [35]) Ja, es wird statt einer Anerkennung des Rechts selbst schon die Anerkennung derjenigen Thatsache hinreichen, welche das fragliche Recht als unzweifelhafte Folgerung ergiebt. Dass dies schon die römische Auffassung war, zeigen folgende Stellen:

c. 1 de falsa causa adjecta (6, 44): Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem ejus liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. Et ideo aut peti, quod solutum est, non potest, aut ex causa fideicommissi, ut debitor liberetur, agendum est: nisi liquido probari possit, eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse.

c. 4 eod. Si dotem, ut proponis, defuncta in matrimonio uxore tua patri ejus reddidisti, vel ea non reddita, testamenti verbis, ut adseveras, munitus es, quibus se recepisse dotem universam quondam socer tuus significavit: ne hoc nomine conveniaris, solicite agere non debes: cum aut soluta dote, nulla supersit actio, aut non reddita, adversus petentem juxta defuncti voluntatem parata sit exceptio.

32) Diese weniger strenge Behandlung hat ihren natürlichen Grund darin, dass die durch die freiwillige testamentarische Bestimmung gewonnenen Rechte weit minder eines strengen Schutzes würdig erscheinen, als die vertragsweise unter Lebenden erworbenen. Vergl. Savigny III. 378 flg.

33) l. 72 §. 6 de cond. (S. 23).

34) l. 18 pr. de auro 34, 2.

35) M. a. W., die Anerkennung muss dispositiv, nicht blos enunciativ sein.

Nach der ersten dieser Stellen hatte der Erblasser im Testament anerkannt, dass er eine Schuld bezahlt erhalten, nach der zweiten, dass er die ganze dos zurückempfangen habe. In beiden Fällen rescribiren die Kaiser, durch diese Erklärung sei der Schuldner gesichert; denn entweder sei die Schuld wirklich bezahlt, die dos wirklich zurückgegeben, oder es habe wenigstens der Testator seinen Willen erklärt, dass sie nicht mehr gefordert werden solle. Jene Anerkennung galt also als liberatio legata.

Dieselbe Auffassung wird man der Erklärung des Testators, dass er z. B. aus einem Rechtsgeschäft noch so und so viel schuldig sei, dass er ein noch nicht zurückgezahltes Darlehn empfangen etc. angedeihen lassen müssen. [36])

Die Natur einer solchen Verfügung als Legat tritt wieder vollkommen hervor, wenn es sich um Verhältnisse handelt, über die der Testator nicht frei verfügen kann, also z. B. um die Wahrung eines Pflichttheils oder die Falcidische Quart. Damit bei der deshalbigen Berechnung die anerkannte Schuld als solche von dem Vermögensbestand in Abzug komme, genügt die Anerkennung derselben durch den Testator nicht. Es muss vielmehr derjenige, welcher die Schuld behauptet, dieselbe noch besonders beweisen. Auch wird hierbei die natürliche Beweiskraft der Anerkennung meistens deshalb ausser Betracht bleiben müssen, weil der Verdacht nahe liegt, dass der Testator zur Umgehung der ihn beschränkenden Gesetze unter dem Titel einer Schuld ein reines Legat hinterlassen habe. [37])

§. 52.

Anerkennung fremder Dispositionsbefugniss; fremder Activ- und eigner Passiv-Legitimation.

Die Anerkennung, wo sie als vertragsmässige Feststellung fremden Eigenthums sich gestaltet (S. 156), kann zu dem Zwecke erfolgen, dass der anerkannte Eigenthümer mit um so grösserer Sicherheit zu Gunsten eines Dritten über die Sache disponiren (z. B. dieselbe verkaufen) könne; und es versteht sich von selbst, dass in diesem Falle die Anerkennung auch auf die Gültigkeit dieser Disposition ihre Wirkung ausdehnt. Wenn A. eine Sache, deren Eigenthum zwischen ihm und B. streitig ist, an X. verkaufen will, und deshalb sich von B. die Erklärung geben lässt, dass er (B.) das Eigenthum des A. anerkenne, so wird durch diese Erklärung nicht allein das Eigenthum des A., sondern auch, wenn dieser die Sache verkauft, das Eigenthum des X. sichergestellt.

Es wäre aber auch denkbar, dass nicht A., sondern der Käufer X. sich an B. wendete, und seinerseits von diesem die Erklärung erlangte, dass er (B.) das Eigenthum des A. zum Zwecke des Verkaufs anerkenne. Diese Anerkennung würde ohne Zweifel die Zusage enthalten, dass B. von seinem möglichen Eigenthumsrechte dem X. gegenüber keinen

36) l. 28 ad SC. Vell. — cavit testamento: se eam pecuniam universam debere. Vergl. Seuffert XVI. 275.

37) Ein Beispiel hierfür in l. 27 de probat. 22, 3.

Gebrauch machen werde. Dagegen überträgt jene Erklärung dem A. kein Recht; er wird nur formell zur Veräusserung dieser Sache ermächtigt. Die Anerkennung wirkt daher in diesem Falle als eine Genehmigung der Veräusserung. Das Eigenthum wird in den Händen des X. unanfechtbar; dagegen ist B. durch jene Erklärung nicht gehindert, seine Eigenthumsrechte dem A. gegenüber in der Art zu verfolgen, dass er den materiellen Inhalt des Kaufgeschäfts sich aneignet, d. h. den Kaufpreis für die verkaufte Sache mit der actio negotiorum gestorum einfordert. [1])

Die Genehmigung fremder Disposition kann nun auch stillschweigend, d. h. dadurch erfolgen, dass Jemand thatsächlich seine Einwilligung zu erkennen giebt. So gilt es als Einwilligung in die Verpfändung, wenn der Eigenthümer die Urkunde, wodurch ein Dritter die Verpfändung vornimmt, für diesen eigenhändig schreibt; [2]) als Verzicht auf das Pfandrecht, wenn der Gläubiger den Kaufvertrag, wodurch der Schuldner das Pfand veräussert, mitunterzeichnet; [3]) als Verzicht auf das Vorzugsrecht, wenn der ältere Pfandgläubiger die Pfandverschreibung, worin die Pfandfreiheit versichert wird, unterschreibt. [4]) Während aber die ausdrückliche Genehmigung, auch da, wo sie nur in der Form einer Anerkennung der fremden Dispositionsbefugniss auftritt, immer schon an und für sich erkennen lässt, dass dabei an die Möglichkeit eines (durch jene Erklärung aufgegebenen) eigenen Rechtes des Erklärenden gedacht sei, bedürfen thatsächliche Erklärungen immer noch des besonderen Nachweises, dass der Handelnde seine Berechtigung gekannt und folgeweise diese durch seine Thätigkeit habe aufgeben wollen; wenn gleich dieser Nachweis oftmals durch die Umstände selbst sich ergeben mag. So würde in dem Falle der l. 26 §. 1 de pignor. der Schreiber der Urkunde nicht als in die Verpfändung einwilligend anzusehen sein, wenn er von seinem Eigenthum gar nichts gewusst hätte. In dem Falle der l. 8 §. 15 quib. mod. pign. würde derjenige, welcher nur als vermeintlicher Pfandgläubiger den Pfandvertrag unterzeichnet, nicht gehindert sein, sein später entdecktes Eigenthum geltend zu machen. In allen diesen Fällen wirkt der Irrthum ohne Rücksicht auf Entschuldbarkeit; er dient nicht dazu, eine wirkliche Anerkennung (Genehmigung) anzufechten, sondern das Nichtvorhandensein einer solchen aufzuweisen.

Die nämlichen Grundsätze finden auch Anwendung, wenn ich die Anerkennung der fremden Dispositionsbefugniss dadurch bethätige, dass ich selbst als Vertreter des Disponirenden handle, also z. B. eine mir selbst zugehörige Sache als Procurator eines Anderen einem Dritten tradire. Thäte ich dies mit Vorwissen von meinem Eigenthum, so würde

1) c. 3 de rei vindic. 3, 31. Vergl. auch l. 38 pr. mand. 17, 1.

2) l. 26 §. 1 de pign. 20, 1.

3) l. 8. §. 15 quib. mod. pign. 20, 6.

4) l. 9 §. 1 eod. — Dagegen soll es den Eigenthumsrechten nicht präjudiciren, wenn der Eigenthümer bei einem Testament, worin seine Sache als dem Testator gehörig bezeichnet wird, oder der Legatar bei einer Erbschaftstheilung, worin die Erben unter sich über das Legat verfügen, als Zeuge mitwirkt (l. 39 de pign. act. 13, 7. l. 34 §. 2 de leg. II.). Seuffert IX. 13.

die hierin liegende Genehmigung der Eigenthumsübertragung ohne Zweifel meiner späteren Vindication entgegenstehen. Habe ich aber mein Eigenthum nicht gekannt, so liegt keine Genehmigung vor, und ich kann die Sache vindiciren. [5]) Anders finden wir dagegen den Fall beurtheilt, wenn der Procurator zufolge eines von ihm selbst abgeschlossenen obligatorischen Vertrags die Tradition vorgenommen hat. Hier wird ihm, auch wenn er sein Eigenthum nicht gekannt, die Vindication versagt; [6]) und zwar, wie ich glaube, deshalb, weil die eingegangene Obligation, welche nach dem Grundprincip des römischen Obligationenrechts zunächst und unmittelbar den Procurator selbst verpflichtete, einer späteren Anfechtung entgegenstand. [7])

Die dargestellten Grundsätze gewinnen eine noch grössere Bedeutung da, wo es sich um die Disposition über ein Forderungsrecht mittelst Einklagung desselben handelt. Auch diese Befugniss (die s. g. legitimatio ad causam activa, das Eigenthums- oder sonstige Recht an der Forderung) kann zweifelhaft und deshalb Gegenstand einer Anerkennung sein. Wenn B. anzuerkennen erklärt, dass eine Forderuug wider X. nicht ihm, sondern dem A. zustehe, so wirkt diese Erklärung dem A. gegenüber je nach der Natur des dadurch anerkannten Rechtsverhältnisses (z. B. einer Cessionspflicht, eines Erbrechts etc.); dem Schuldner X. gegenüber aber als Genehmigung der Einklagung der Forderung durch A. in eigenem Namen, d. h. als Cession. Sie erledigt rechtlich für den Schuldner den Zweifel, ob der Anerkennende oder der Anerkannte sein Gläubiger sei. Der Schuldner X. hat demnach weder die Pflicht, die Sachlegitimation des A. im Verhältniss zu der des B. zu

5) l. 35 de acq. rer. dom.: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, quia nemo errans rem suam amittit. — Eine, wie mir scheint, übertriebene Anwendung des nämlichen Princips enthält l. 15 §. 2 de contr. emt.; wenigstens vermag ich nicht einzusehen, warum nicht dort dem Empfänger der Sache, welcher doch nach dem Willen des wahren Eigenthümers erwerben sollte, die exceptio doli zur Seite stehe. Vergl. auch l. 10 §. 1 de cur. fur. 27, 10.)

6) l. 49 mand. (17, 1): Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum, esse; — de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. — l. 10. de distr. et pign. (20, 5.) Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quaestionem movere.

7) Ich theile hiernach über das Verhältniss der l. 35 de acq. rer dom. und l. 49 mand. die Ansicht Puchta's (Pand. §. 148 u. Vorl. Beil XV.) und Göschen's (Civ.-R. II. S. 171), und vermag namentlich die l. 35 cit. nicht von einem error in corpore zu verstehen (vergl. Savigny III. S. 355). Die Form für Versagung der Vindication war ohne Zweifel die exceptio doli oder rei venditae et traditae (vergl. Mühlenbruch Cess. §. 13). Dass aber diese Versagung nicht, wie Donell (Comm. IV. c. 16) annimmt, auf einer Evictionsverbindlichkeit des procurator beruhe, dürfte aus der gleichartigen Entscheidung in l. 10 de distr. pign. hervorgehen. — Nicht unzweifelhaft scheint es mir aber, ob die l. 49 mand. auch heute noch anzuwenden sei, da sich wohl nicht leugnen lässt, dass nach der neueren Entwickelung des Obligationenerwerbs durch Stellvertreter das Verhältniss zwischen dem Mandanten und dem Mitcontrahenten des procurator an Unmittelbarkeit gewonnen hat.

prüfen, noch das Recht, dieselbe mittelst eines aus der Person des B. entnommenen Einwandes zu bestreiten. Wenn daher in einem Process der Verklagte einwendet, dass nicht dem Kläger, sondern einer dritten Person der streitige Anspruch zustehe, so kann der Kläger diesen Einwand dadurch erledigen, dass er die Anerkennung seines Klagrechts durch den benannten Dritten beibringt. [8])

Diese Anerkennung kann nun schon aus der Stellung hervorgehen, welche der Dritte zu der Klagerhebung einnimmt, sofern nur sich ergiebt, dass derselbe mit Bewusstsein von der Möglichkeit einer eigenen Berechtigung die Verfolgung durch den Anderen geschehen lässt. Ein Fall dieser Art kann namentlich in der Weise vorkommen, dass der Dritte als Processvertreter des Klägers das Klagrecht als diesem letzteren, im Gegensatz zu sich selbst, zustehend darstellt. Wenn der Vormund aus einem Darlehn, das er in eigenem Namen gegeben, für seinen Mündel klagend auftritt, mit dem Anführen, dass das Darlehn diesem zustehe; wenn der Vater aus einem für sich abgeschlossenen Rechtsgeschäft später für seine Kinder, in deren Interesse er contrahirt haben will, Klage erhebt; so liegt in allen diesen Fällen kein weiterer Grund vor, die Sachlegitimation des klagenden Theils zu beanstanden oder noch von einem Beweise abhängig zu machen. Denn der Processvertreter ist kein bewusstloses Werkzeug fremden Willens, sondern juristisch handelnde Person; er muss daher die Erklärung, welche er als Vertreter abgiebt, auch gegen sich gelten lassen, und er kann nicht etwa die ausdrücklich als einem Andern zustehend anerkannte Forderung später noch einmal für sich selbst einklagen. [9]) Damit verliert der Verklagte jedes rechtliche Interesse, die Sachlegitimation des klagenden Theils zu bestreiten. Der Streit erledigt sich durch die Anerkennung.

In gleicher Weise wird man annehmen dürfen, dass, wenn Mehrere in Verfolgung eines Anspruchs als Streitgenossen klagend zusammen auftreten, sie dadurch sich insgesammt als sachberechtigt anerkennen, so dass der Schuldner ebensowenig befugt als verpflichtet ist, aus der Ausschliesslichkeit der Berechtigung eines derselben auf das Ganze gegen die übrigen einen Einwand zu erheben. [9a]) Es findet diese Annahme eine theoretische Grundlage in der bekannten Vorschrift der l. 63 de re judicata (42, 1), wonach das rechtskräftige Urtheil auch dem Dritten gegenüber wirkt,

— qui sciens de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi com-

8) Wenn der klagende Cessionar den Cedenten über die Cession oder die Aechtheit der Cessionsurkunde als Zeugen abhören lässt, so genügt dessen unbeeidigte bejahende Erklärung, um den Beweis zu erbringen. Derselbe ist nicht eigentlich Zeuge, sondern Disponent. Erk. d. OAG. zu Jena bei Seuffert I. Nr. 336. — Eine Anerkennung des Klagrechts zu Gunsten eines Anderen ist auch in der Erklärung enthalten, dass man das Geschäft, aus welchem geklagt wird, im Auftrag dieses Anderen abgeschlossen habe. OAG. zu Lübeck bei Seuffert III. Nr. 211.

9) l. 11 §. 7 de exc. rei jud.: — ex parte actoris in exceptione rei judicatae hae personae continentur, quae rem in judicium deducunt; inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum.

9a) Ich habe in der früheren Ausgabe diesen Fall etwas ängstlicher beurtheilt. — Die Streitgenossen in Verhältniss zu einander sind natürlich durch jene Anerkennung rechtlich nicht gebunden.

petit, sequenti agere patiatur, veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae; — — quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.

Auch in diesen Fällen ist es die Anerkennung der fremden Processführung, welche bewirkt, dass der Berechtigte, obgleich er an dem Process nicht einmal als Partei Theil genommen, das Urtheil gegen sich gelten lassen muss. [10])

Von selbst versteht es sich übrigens, dass der Streit, ob der Kläger oder ein Dritter der eigentliche Klagberechtigte sei, durch die Anerkennung des Dritten nicht erledigt wird, wenn der Verklagte aus der Person dieses Dritten besondere Einreden (z. B. der Compensation) entnimmt. In diesem Falle kann eine Entscheidung jenes Streites nicht erübrigt werden, weil danach zu bemessen ist, ob auch der Kläger die Einrede sich gefallen lassen müsse.

So wie die Berechtigung kann auch die subjective Verpflichtung zu einem Forderungsrechte (die s. g. legitimatio ad causam passiva) als Gegenstand des Zweifels und einer diesen Zweifel erledigenden Anerkennung gedacht werden. [11]) Wenn A. dem B. gegenüber anzuerkennen erklärt, dass er selbst, nicht B., eine gewisse Schuld an den Gläubiger X. zu berichtigen habe, so liegt darin das Versprechen, den B. von der Gefahr, dass er wegen dieser Schuld von X. in Anspruch genommen werden könnte, durch Zahlung oder Vertretung im Rechtsstreit zu befreien (cautio defensum iri). Auch der Gläubiger X. kann sich solches aneignen, indem er nach Massgabe desselben den A. auf die Schuld belangt, welcher ihm danach den Einwand, dass nicht er, sondern B. der richtige Schuldner sei, nicht entgegensetzen kann. [12]) X. kann aber auch, wenn er damit durchzulangen vermeint, den B. auf die Schuld angreifen; [13]) diesem bleibt alsdann der Regress gegen A. offen.

Auch dem Gläubiger X. gegenüber kann sich die Anerkennung des A. mit Wirksamkeit für B. äussern, indem A. die Schuld als eine eigene [14]) dem X. bezahlt oder zu zahlen sich verpflichtet. Die so bethätigte Anerkennung schliesst einen Regressanspruch des A. wider B. aus, selbst wenn bei freier Beurtheilung die Schuld als dem letzteren obliegend anzunehmen wäre. Denn die actio negotiorum gestorum contraria steht nur dem zu, welcher fremde Geschäfte als solche hat führen wollen. Hätte jedoch A. in entschuldbarem Irrthum sich für den Schuldner gehalten, so würde er auf dieser Grundlage auch einen Regressanspruch

10) Vergl. Keller Litiscontestation S. 375.

11) Fälle dieser Art sind: es kann der Zweifel entstehen, in welchem Verhältniss der abgehende oder der neu eintretende Pachter gewisse Pachtleistungen abzuführen habe; in welchem Verhältnisse Mehrere, welche ein Gut getheilt haben, eine darauf haftende Reallast (z. B. Auszugsleistungen) zu entrichten schuldig seien.

12) Dies war schon im röm. Recht für einzelne Verhältnisse anerkannt (z. B. l. 14 de transact.), kann aber heutzutage nach der umfassenden Wirkung, welche die Praxis den Verträgen zu Gunsten Dritter beilegt, allgemein nicht bezweifelt werden.

13) arg. l. 29 de procur. 3, 3. l. 28 de donat. 39, 5. l. 3 fam. erc. 10, 2.

14) Für die Zahlung der Schuld als eigener ist im Zweifel zu vermuthen.

wider B. erheben können. Denn wenn auch nicht in der Zahlung, so läge doch in dem Aufgeben der cond. indeb. dem X. gegenüber eine negotiorum gestio des A. zu Gunsten des B. Die actio neg. gest. würde hier also nach den Grundsätzen der cond. indeb. zu begründen sein.

Noch sei hier ein Verhältniss erwähnt, wo die Anerkennung den Bestand einer Schuld mit unbedingter Wirksamkeit für einen Dritten feststellt. Hat nämlich bei einer Schuldübernahme der die Schuld Ueberweisende diese in einem bestimmten Betrage als feststehend anerkannt, so kann der Schuldübernehmer deren Bestand nicht weiter bestreiten. Die Anerkennung bewirkt, dass der in der Schuldüberweisung liegende Auftrag als auf eine bestimmte Summenzahlung gerichtet erscheint. Der wider den Schuldübernehmer klagende Gläubiger braucht daher diesem gegenüber seine ursprüngliche Forderung nicht weiter darzulegen. (Vergl. Bähr, in d. Jahrb. f. Dogm. VI. S. 175.)

§. 53.

Anerkennung im Process.

Werfen wir endlich noch einen Blick auf die Bedeutung der Anerkennung im Process. Es ist schon oben erwähnt, dass das gerichtliche Zugeständniss des gegnerischen Rechts im Process die Natur der ächten Anerkennung [a]) an sich trägt (S. 135). Von dem auf die einzelnen Elemente des Processes gerichteten Geständniss ist es aber vorzugsweise eine Art, welche als „Anerkennung" bezeichnet zu werden pflegt, nämlich das Geständniss der Aechtheit einer Urkunde. Eine innere Eigenthümlichkeit liegt dieser Ausdrucksweise nicht zu Grunde; dieselbe scheint den in gleicher Beziehung gebrauchten quellenmässigen Ausdrücken „agnoscere" oder „recognoscere" [1]) nachgebildet zu sein.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Anerkennung richterlicher Erlasse als Ausschliessungsgrund für die Anfechtung derselben. Da die richterlichen Erlasse eine gewisse formell bindende Natur haben, so genügt zur Bethätigung jener Anerkennung eine jede dem Gegner gegenüber [2]) vorgenommene Handlung, welche den Willen bekundet, den fraglichen Erlass gelten zu lassen; vorausgesetzt, dass die Partei bereits in der Lage war, denselben anfechten zu können. In dieser Weise können sowohl processleitende Verfügungen, als eigentliche, der Rechtskraft fähige Entscheidungen der Anerkennung unterliegen. Erstere, welche bei dem nämlichen Richter anfechtbar sind, werden anerkannt, indem die Partei ohne Gegenvorstellung denselben nachkommt oder auf das dadurch eingeleitete Verfahren sich einlässt. [3]) Letztere gelten mit der Wirkung sofort eintretender

a) Demzufolge schliesst die positive Anerkennung der Schuld im Process die nachträgliche Geltendmachung von Einreden aus, wenn auch solche processualisch noch für statthaft zu halten wäre. Vergl. Seuffert XIV. 187.

1) Z. B. l. 11 de exc. 44, l. l. 1 §. 2. l. 4. l. 7 testam. quemadmod. aper. 29, 3.

2) Als dem Gegner gegenüber vorgenommen gilt auch jede vor Gericht zu den Acten gegebene Erklärung, wenn solche gleich in Abwesenheit des Gegners geschieht.

3) In einem Falle, wo das Gericht unterlassen hatte, bei Führung eines Expertenbeweises einen Sachverständigen von Amtswegen beizuordnen, und hierüber Beschwerde

Rechtskraft dadurch als anerkannt, dass die Partei freiwillig sie befolgt, oder den Willen dieselben zu befolgen (z. B. durch Bitte um Fristgestattung) an den Tag legt; [4]) oder auch deren Befolgung von der Gegenpartei begehrt (z. B. die dem Gegner auferlegte Eidesleistung gewärtigt). Auch die Erhebung eines Restitutionsgesuches wider eine der Anfechtung fähige Entscheidung kann aus dem Gesichtspunkt der Anerkennung die Erhebung devolutiver Rechtsmittel ausschliessen; jedoch nur dann, wenn das devolutive Rechtsmittel mit der Grundlage des Restitutionsgesuchs in positiven Widerspruch treten würde, was keineswegs unter allen Umständen der Fall ist. — In allen hier einschlagenden Fällen äussert die Anerkennung die Wirkung eines Verzichts auf Anfechtung, [5]) dessen Beseitigung nur im Wege der Restitution stattfinden kann.

Von minder strenger Natur scheint die Anerkennung der Gerichtscompetenz zu sein, welche in der stillschweigenden Einlassung bei einem Gerichte gefunden wird. Es lässt sich wohl nicht leugnen, dass die Quellen zu dieser Anerkennung, wenn dadurch eine an sich nicht vorhandene Competenz begründet werden soll, eine bewusste Unterwerfung begehren, so dass danach jeder Irrthum, auch der Rechtsirrthum, die stillschweigende Prorogation ausschliessen würde. [6]) Indessen dürften diese Grundsätze in dem heutigen Process kaum noch Anwendung finden. Der Kläger muss in der Klage, so wie sein Klagrecht überhaupt, so auch die Competenz des angegangenen Gerichtes thatsächlich begründen, sei es auch nur durch die Bezeichnung eines im Gerichtsbezirk liegenden Ortes als Wohnortes des Verklagten. Wenn nun der Verklagte in der Einlassung keinen Widerspruch entgegensetzt, so liegt hierin eine Anerkennung, welche in ihren Grundlagen die stärkere Natur des gerichtlichen Geständnisses und des Verzichts auf Anfechtung annimmt. [7])

§. 54.

Standpunkt der neueren Gesetzgebungen und der Wissenschaft.

Die Bedeutung der Anerkennung umfassend darzustellen, ist bisher [a]) in der Wissenschaft nicht versucht worden. Wie in den Quellen, so wird auch in den Schriften über röm. Recht und in den neueren

geführt wurde, erkannte das OAG., dass gegen diese nur auf die Processdirektion sich beziehende Anordnung die Partei, welche die Hinziehung weiterer Sachverständigen erachtet, remonstriren musste, und, da sie dies unterlassen, durch die Anerkennung des eingeleiteten Verfahrens von Erhebung deshalbiger Beschwerden in höherer Instanz ausgeschlossen sei. v. Amelunxens Erb. c. Braun 1839.

4) c. 5 de re jud. 7. 52. c. 20 X. de off. et pot. jud. 1, 19.

5) Vergl. Linde, die Lehre vom Verzichte auf Rechtsmittel, im Arch. f. civ. Pr. XIV. S. 15. flg.

6) l. 1, 2 pr. de judic. 5, 1. l. 15 de jurisd. 2, 1. Savigny III. S. 365.

[7] Die vorstehende Darlegung hat natürlich noch den früheren Process zur Grundlage.

a) Hier ist zunächst noch der Standpunkt von 1855 gemeint. Seitdem hat sich freilich die Sachlage sehr geändert. Ueber den dermaligen Stand der Lehre wird am Schlusse dieser Schrift noch einiges gesagt werden.

Gesetzgebungen [1]) der Anerkennung nur sporadisch gedacht, meistens ohne Eingehen auf deren thatsächliche Begründung und rechtliche Natur.

Eine kurze Besprechung der „Anerkennung“ findet sich bei Puchta (Kleine Schriften S. 609) unter dem Titel „Recognitivvertrag“. Er beginnt: „Anerkennung ist ein vielfach wichtiger Begriff. Es fragt sich 1) ob und in welchem Umfang sie als Vertrag aufzufassen, 2) ob sie Ein Rechtsinstitut mit einer besonderen Theorie ist. Noch will sie mir nicht als ein Geschäft für sich erscheinen, sondern als Zweck, der sich in verschiedenen Formen nach Beschaffenheit der Richtung, die sie hat, einkleidet.“ Nach Aufzählung verschiedener Anerkennungsfälle fährt er fort: „Die Gestaltung der Anerkennung zu einem Rechtsinstitut würde darin bestehen, dass ihr eine obligatorische Wirkung beigelegt würde, und davon darf als Voraussetzung angesehen werden, dass sie als Vertrag betrachtet werden kann.“ Diese Vertragsnatur wird nun für eine Mehrzahl von Fällen abgelehnt, jedoch zugestanden, dass die Anerkennung es sei, welche dem Zahlenden bei der cond. indeb. die Beweislast zuwende. Sodann wird noch gesagt: „Quittung und Ausstellung eines Schuldscheins sind entschieden einseitige Handlungen. Dass sie durch die Anerkennung, welche darin liegt, Verträge werden sollen, scheint mir nicht natürlich.“ „Mir ist nicht klar, inwiefern es wohl Wirkungen der Anerkennung gebe, die sich nicht ohne Annahme eines obligatorischen Vertrags begründen lassen würden.“

Eine Antwort auf diese fast nur als Frage hingeworfene Skizze würde nach dem Obigen etwa dahin zu geben sein. Die Anerkennung hat zwar an und für sich nicht die Natur einer juristischen Thatsache. Sie gewinnt aber — auch abgesehen von ihrer beweisenden und interpretativen Kraft — juristische Bedeutung, materiell als Bestimmungsgrund des juristischen Willens, und auch formell, weil dieser Wille oftmals, wo er der Anerkennung eines bestehenden Rechtsverhältnisses sein Motiv entnimmt, sich lediglich der Anerkennungserklärung als Ausdrucksform bedient, wodurch dieselbe die Natur bald eines Verzichts auf Anfechtung, bald einer Genehmigung, Cession, Erbschafts-Antretung oder Ausschlagung, eines Legats, einer Besitzüberweisung oder auch eines selbständigen obligatorischen Vertrags annimmt.

Die meisten dieser Verhältnisse werden im Allgemeinen richtig beurtheilt. Der obligatorische Anerkennungsvertrag aber wird vielfach verkannt. Dieser Vorwurf muss auch wider Puchta erhoben werden, da er gerade den wichtigsten Anerkennungsverträgen, der Schuldurkunde und Quittung, die Vertragsnatur abspricht.

Die einzige Andeutung einer gegenüberstehenden Ansicht finde ich bei Savigny. Indem derselbe das gerichtliche Geständniss mit anderen Rechtsinstituten vergleicht, sagt er: [2])

1) So im Preuss. Landrecht I. Tit. 5 §. 37, 38. II. Tit. 2 §. 136, 137, 185—192. Tit. 11 §. 412. Tit. 12 §. 611—613. Auch dasjenige, was der Code civil über actes récognitifs et confirmatifs enthält (art. 1337—1340), ist äusserst dürftig.

2) Syst. VII. S. 11 a. E.

„Ferner ist diese Vergleichung dahin auszudehnen, dass ausser dem gerichtlichen Geständniss auch ein auf gleichen Zweck gerichteter Vertrag vorkommen kann. Dieses ist der Recognitivvertrag, der in das Obligationenrecht gehört und gewöhnlich nicht in seiner wahren Natur aufgefasst wird.“

Erwägt man diese Aeusserung in Verbindung damit, dass Savigny die Anfechtung des gerichtlichen Geständnisses nur nach den Grundsätzen der cond. indeb. gestattet, dass er den Irrthum für das Grundelement dieser Condiction erklärt, dass er Zahlen und Versprechen eines indebitum völlig gleichstellt, dass er der Stipulation an und für sich, unabhängig von ihrer causa, Klagbarkeit einräumt und diesen Grundsatz auch auf den heutigen formlosen Vertrag anwenden will, dass er endlich die Acceptilation als eine „feierliche Quittung“, die Inhaberpapiere aber als „wahre Schuldscheine“ bezeichnet: [3]) so glaube ich unbedenklich unterstellen zu dürfen, dass seine Ansichten der dahier vertretenen Lehre mindestens sehr nahe gestanden haben. [4])

Capitel XI.

Formen des Anerkennungsvertrags.

§. 55.

Abrechnung.

Unter den Formen des obligatorischen Anerkennungsvertrags, zu welchem wir nunmehr zurückkehren, wähle ich das Abrechnungsgeschäft, obwohl die complicirteste Form, zuerst, weil ich hier nur mit Gründen, nicht mit Resultaten zu kämpfen habe.

Seit geraumer Zeit hat die Praxis die s. g. Abrechnung, auch ohne Angabe der ihr zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse, als klag-

3) Vergl. Syst. III. S. 461. VII. S. 32, 35. Obl. R. I. S. 46. II. S. 250 flg. I. S. 171. II. S. 117.

4) Eine besondere Bestätigung findet dies noch in einer mir (1853) zu Theil gewordenen brieflichen Mittheilung Savigny's, deren Benutzung derselbe mir später mit dem Bemerken gestattete, dass der vorgedachte Aufsatz Puchta's dem darin erwähnten Briefwechsel entnommen sei. Jene Mittheilung lautet: „Ich erinnere mich, dass ich vor langer Zeit mit dem seeligen Puchta über jene Lehre in Briefwechsel gestanden habe. Puchta wollte in der Anerkennung überhaupt kein einfaches Rechtsinstitut annehmen. Nun gebe ich zu, dass es Fälle juristisch wirksamer Anerkennung giebt, in welchen weder ein Vertrag, noch eine Obligation erscheint, w. z. B. die Anerkennung eines unehelichen Kindes von Seiten des Vaters, die agnitio judicii defuncti, wodurch die querela inofficiosi ausgeschlossen wird u. s. w. Allein die meisten und wichtigsten Fälle lassen sich in der von mir (Syst. VII. S. 11) angedeuteten Weise unter den Begriff obligatorischer Verträge subsumiren, und es lohnt sehr der Mühe, dafür eine gemeinsame Theorie aufzustellen“.

begründendes Rechtsgeschäft anerkannt. Zeugniss dafür giebt ein ausführlicher Aufsatz von B. W. Pfeiffer, [1]) welcher tiefe Blicke in die Anschauungen der Praxis gestattet.

Pfeiffer sucht zuvörderst die Begriffe von Novation und Constitut festzustellen. Erstere — von der es als etwas Zufälliges erwähnt wird, dass sie früher, „regelmässig in die Form einer Stipulation eingekleidet" gewesen — sei das zweiseitige Rechtsgeschäft, wodurch an die Stelle der bisherigen Schuld ein ganz neues, qualitativ verschiedenes Schuldverhältniss gesetzt werde; welches daher, gleich dem Judicat, nigrum ex albo und album ex nigro mache, und jedes Zurückgehen auf die ursprünglichen Verhältnisse ausschliesse. Das Constitut dagegen sei die „einseitige" Versicherung des Schuldners, wodurch er seine Schuld wiederholt zu zahlen verspreche; weshalb dasselbe dermalen nur noch die rechtliche Wirkung einer wiederholten Anerkennung der Schuld habe, welche in ihrem wesentlichen Bestande unverändert bleibe. Daran werden die bekannten Lehren geknüpft, dass nicht mehr, als das schon Geschuldete durch Constitut versprochen werden könne, dass dasselbe der Angabe des ursprünglichen Schuldgrundes bedürfe, welchen im Leugnungsfalle der Kläger zu beweisen habe etc.

Zwischen beiden in der Mitte stehe die Abrechnung, die zwar im römischen Recht nicht vorkomme, aber als in der Erfahrung gegeben und durch das Bedürfniss veranlasst in der Praxis anerkannt werde. Von der Novation unterscheide sie sich dadurch, dass sie das bisherige Schuldverhältniss nur seinem Betrage, nicht seinem Rechtsgrunde nach, feststelle, von dem Constitut aber durch die Form eines zweiseitigen Vertrags. Abrechnung sei hiernach „das für sich bestehende Rechtsgeschäft, wodurch das quantitative Ergebniss der zwischen dem Schuldner und Gläubiger stattgefundenen Berechnung über ihre bisherigen, qualitativ unverändert gebliebenen, Schuldverhältnisse durch beiderseitige Uebereinkunft auf einen bestimmten Schuldbetrag festgestellt werde."

Es folgen sodann die Abstimmungen, aus welchen die Praxis des Ober-Appellationsgerichts zu Cassel hervorgegangen. In einem Rechtsfall von 1823 tritt der erste Votant mit dem Syllogismus in die Schranken: die Abrechnung müsse entweder eine Novation bewirken, oder sie könne als Klaggrund (causa debendi) nicht gelten; da nun ersteres, ausser dem Fall einer ausdrücklichen Erklärung, nicht anzunehmen sei, so sei letzteres erwiesen. — Der zweite Votant hält dagegen die Abrechnung der Natur der Sache nach für einen Klaggrund. Die Anerkennung des Ergebnisses einer Abrechnung enthalte die Erklärung, dass die Rechte und Verbindlichkeiten aus den früheren Geschäften bis zu der vergleichenden Summe für aufgehoben gelten sollen, und nur noch von dem überschiessenden Ergebniss Gebrauch zu machen sei. Diese Anerkennung und das darüber ausgestellte Bekenntniss trete also an die Stelle der früheren Verbindlichkeiten, und bewirke, dass letztere ferner keine rechtliche,

1) „Inwiefern bildet Abrechnung, auch ohne die Voraussetzungen einer Novation, einen selbständigen Schuld- oder Klaggrund?" Pr. Ausf. VIII Abh. 2 (1846). Einen neueren Aufsatz „über die Natur des Abrechnungsgeschäfts" von Regelsberger s. im Arch. f. civ. Prax. Bd. 47 S. 153 flg.

sondern nur noch erläuternde Wirkung haben könnten. Hierin liege also eine stillschweigende Novation. — Der dritte Votant will zwar der letzteren Annahme nicht beistimmen, hält aber ebenfalls einen Schuldschein, worin als Schuldgrund eine Abrechnung angegeben sei, nicht für ein instrumentum indiscretum. Die Abrechnung sei ein wahres Rechtsgeschäft, welches viele Aehnlichkeit mit einem Vergleiche habe. Darin, dass die Betheiligten ihre Forderungen und Gegenansprüche mit einander vergleichen und das Resultat als Schuldbestand festsetzen, liege offenbar ein Vertrag. Je nach den Umständen könne in der Abrechnung eine privative oder cumulative Novation liegen; im Zweifel aber sei eher für cumulative, als privative Novation zu präsumiren. Wenn indessen der Gläubiger eine privative Novation dadurch behaupte, dass er nur die Abrechnung seiner Klage zu Grunde lege, so könne der Verklagte jede Abrechnung, mithin jede Novation, in Abrede stellen, und es dieserhalb zu einem Beweisverfahren kommen; daraus folge aber nicht, dass die Abrechnung allein keine zulässige causa debendi sei. „Und wenn alle Gesetze und das ganze Corpus juris nichts von der Abrechnung als causa debendi enthalten sollten“, so sei es schon genug, dass sie nirgends als solche reprobirt sei, um sie nach den allgemeinen Bestimmungen über Verträge aufrecht zu erhalten. — Ein vierter Votant tritt dieser Ausführung bei, indem er zwischen causa debendi und causa agendi unterscheiden will, und bei der actio ex chirographo die causa agendi schon allein in der Ausstellung des Schuldscheins findet. Das Erforderniss einer causa debendi in jedem Schuldschein sei daher nur ein formelles, indem dadurch verhütet werden solle, dass derselbe als nichtssagende Scriptur erscheine. Die Erwähnung einer Abrechnung sei aber auch als hinreichende causa debendi anzusehen, indem hierzu nichts weiter, als die allgemeine Anerkennung eines Verbindlichkeitsgrundes erfordert werde, wodurch der Beweis der Nichtexistenz oder Unzulänglichkeit des lezteren auf den Aussteller übertragen werde.

Diese Abstimmungen bildeten die Grundlage, auf welcher sich die Lehre von der Abrechnung in den beiden Hauptsätzen feststellte:

1) die Abrechnung ist ein für sich bestehendes Rechtsgeschäft, das einen selbständigen Klaggrund abgiebt;

2) die ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse können nur durch Nachweisung eines Irrthums oder Betrugs angefochten werden.

Bei einer späteren Erörterung (1840) wurde zwar diese Lehre abermals mittelst der Theorie von der causa praecedens und dem constitutum angegriffen. Es genügten aber die gegenüber gestellten praktischen Gründe, um sie aufrecht zu erhalten. Und so ist denn der kurhessische Gerichtsgebrauch bis auf den heutigen Tag ihr treu geblieben.[1a])

Betrachtet man diesen Entwickelungsgang, so kann man sich nur freuen über die juristische Kraft, mit welcher die Praxis, dem Mangel einer genügenden Theorie zum Trotz, jene Lehre erfasst und zu richtigen

[1 a] Die Abrechnungslehre, die ich in der kurhess. Praxis gegeben vorfand, war für mich der Ausgangspunkt des Gedankens, dass in unserem Rechte ein bisher unerkanntes und unentwickeltes Element enthalten sei, — die Anerkennung.

Ergebnissen durchgeführt hat. Auch enthalten die mitgetheilten Abstimmungen viele einzelne Sätze von tiefer praktischer Wahrheit. Sieht man aber auf die Begründung im Ganzen, sieht man, wie jene Praktiker vergebens sich abmühen, für dasjenige, was so lebendig in ihrer Seele lebt, einen durchschlagenden theoretischen Ausdruck zu finden, so kann man sich eines schmerzlichen Gefühls über den Stand unserer Wissenschaft kaum erwehren. Auch ist jene Rechtsbildung bisher nur so weit vorgeschritten, als man unter dem Namen „Abrechnung“ ein freies Feld zu haben glaubte; überall, wo man diesen Begriff nicht anwendbar fand, verfiel man sofort wieder den unheilvollen Theorien vom constitutum und von der cautio indiscreta.[2]) Ja, so lange diese Theorien nur zur Seite geschoben, nicht überwunden sind, drohen sie fortwährend, die Abrechnungslehre wieder umzustossen.

Ein Hauptgrund für die unbefriedigende Gestaltung dieser Lehre liegt darin, dass man mit dem Worte „Novation“ keinen klaren Begriff verband, und namentlich die Rechtsregel, dass für eine Novation nicht zu vermuthen sei, statt auf die tilgende Wirkung, auf die Entstehung einer zweiten Obligation bezog (S. 35). Hätte man sich gefragt, worin denn eigentlich die Novation bestehe, so würde man auf die Stipulation gelangt sein; man würde statt des unfassbaren Begriffs der „cumulativen Novation“ den Begriff der *accessorischen Stipulation* gewonnen haben, mit dessen Verständniss das Räthsel gelöst war.

Ebensowenig aber mochte man sich klar gemacht haben, welche Bedeutung eigentlich das *Constitut* im heutigen Recht haben solle. Demselben wird die Wirkung einer „wiederholten Anerkennung der Verbindlichkeit“ beigelegt, aber nicht gesagt, *wie* diese Wirkung sich erweise. Es wird gelehrt, dass das Constitut der Angabe und des Beweises des ursprünglichen Schuldgrundes bedürfe. Entweder wird nun dieser Beweis geführt, dann *braucht* man kein Constitut; oder er wird nicht geführt, dann *besteht* kein Constitut. Worin soll denn nun die „Bestärkung“ liegen, welche das Constitut der ursprünglichen Forderung verleiht?

Endlich ist es fast wunderbar, wie man sich mit der Unterscheidung zwischen *einseitigen* und *zweiseitigen* Geschäften zu täuschen vermochte. Man wird doch nicht das Constitut in dem Sinne, wie etwa die Pollicitation, ein einseitiges Rechtsgeschäft nennen wollen? *Pfeiffer* selbst bezeichnet dasselbe als pactum praetorium; jedes pactum aber entsteht nur durch *geeinigten* Willen. In diesem Sinne ist daher auch das Constitut ein „zweiseitiges, d. h. beiderseitige Mitwirkung der Betheiligten voraussetzendes Geschäft.“[3]) Freilich entnahm das Constitut seinen Grund nur aus dem *einseitigen* Anspruch *eines* der Paciscenten, während die Abrechnung, der gewöhnlichen Auffassung nach, Schuld- resp. Zahlungsposten auf *beiden* Seiten voraussetzt. In diesem Sinne ist aber auch die Novation nicht ein zweiseitiges, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft. Wollte man endlich darauf Gewicht legen, dass bei dem Constitut nur Rechte erworben, nicht auch solche dafür aufgegeben werden,

2) Vergl. die bei *Pfeiffer* mitgetheilten Rechtsfälle Nr. 13, 26, 27, 30.
3) Vergl. *Pfeiffer* S. 84.

so lässt sich zwar in diesem Sinne das Constitut zur Novation, nicht aber auch zur Abrechnung in Gegensatz bringen. Denn in diesem Sinne bildet auch die Abrechnung nicht ein zweiseitiges, sondern eine Verbindung von mehreren einseitigen Rechtsgeschäften (vergl. S. 179).

§. 56.

Abrechnung. (Fortsetzung.)

Wenn zwei Leute in Forderungsverhältnissen mit einander stehen, so kann sich hieran ein verschiedenes Bedürfniss knüpfen. Sie können wissen wollen, wie die verschiedenen Forderungen in ihrer Gesammtheit auf ihr Vermögen wirken. Dies erfahren sie, indem sie die Beträge der jeseitig bestehenden Forderungen zusammenrechnen und die gewonnenen Summen von einander abziehen; die gefundene Differenz bildet alsdann den mathematischen Ausdruck für die Summe, welche zur Ausgleichung sämmtlicher Forderungen aus dem Vermögen des Einen in das des Andern herüber wandern muss. Diese Operation kann Jeder der Interessenten für sich allein vornehmen; beide können sie aber auch gemeinsam bewirken; und das übereinstimmende Resultat gewährt ihnen dann die Ueberzeugung, dass sie über den Bestand ihrer gegenseitigen Forderung zur Zeit einig, d. h. übereinstimmender Ansicht sind. Dadurch wird aber juristisch nichts an dem Stand der Sache geändert, da eine blosse Ansicht Niemanden verpflichtet. Es wird aber oftmals an ein Verhältniss dieser Art sich das weitere Bedürfniss knüpfen, den processualischen Schwierigkeiten, welche die Verfolgung sämmtlicher einzelnen Forderungen mit sich bringen würde, überhoben zu werden. Diesem Bedürfniss kommen die Interessenten nach, indem sie ihre zur Zeit bestehende Einigkeit der Ansicht zu einer Einigkeit der Absicht, zu einem übereinstimmenden Wollen erheben. Dieses Wollen bezieht sich auf die Gesammtheit der beiderseitig anerkannten Forderungsverhältnisse in dem für solche durch die Rechenoperation neu gewonnenen mathematischen Ausdruck. Dieses geeinigte Wollen ist es, was die Praxis unter dem Namen „Abrechnung“ als selbständig klagbares Rechtsgeschäft anerkannt hat. Man ist sich auch des Gegensatzes einer blos geeinigten Ansicht über den Gesammtbetrag der beiderseitigen Forderungen bewusst geworden, und hat solche oftmals unter dem Namen einer blossen „Berechnung“ der „Abrechnung“ gegenüber gestellt. Dass man sich in diesen Worten technisch bestimmte Begriffe bilde, dagegen ist nichts einzuwenden, sobald man nur nicht über die Worte die Begriffe vergisst.

Im Einzelnen aber geht bei dem Abrechnungsgeschäft Folgendes vor sich. Zunächst einigen sich die Abrechnenden, dass ihre beiderseitigen Forderungen in demjenigen Betrage, in welchem dieselben sich decken, für getilgt gelten sollen. Hierin liegt ein Compensationsvertrag, welcher gleich der Zahlung wirkt (S. 129). Dabei könnte es möglicher Weise sein Bewenden haben; sei es, dass die beiderseitigen Forderungen vollständig gegeneinander aufgingen, sei es, dass derjenige, auf dessen Seite die minderen Forderungen wären, erklärte: „ich will meine Schuld nur bis zu demjenigen Betrage anerkennen, welchen ich selbst zu fordern

habe, ohne mich zu etwas Weiterem verbindlich zu machen.“ Hier hätte das Geschäft nur eine vernichtende (liberatorische) Wirkung. Wird aber, wie dies in der Regel geschieht, die Aufrechnung zugleich dazu benutzt, um die zwischen den beiderseitigen Forderungsbeträgen sich ergebende Differenz als Schuld des Einen zu Gunsten des Anderen festzustellen, so tritt damit die „Abrechnung“ in eine zweite obligatorische Function, kraft welcher sie als Klaggrund gilt.

In ihrer liberatorischen Function kann die Abrechnung, statt compensabeler Gegenforderungen, auch geleistete Zahlungen zur Grundlage nehmen. An die Stelle des Compensationsvertrags tritt alsdann der auf den Nichtbestand der getilgten Schuldbeträge gerichtete Anerkennungsvertrag (S. 131). In der Natur der Abrechnung selbst wird dadurch nichts geändert.

Endlich hat man eine „Abrechnung“ auch schon dann begründet gefunden, wenn nur auf einer Seite Forderungen bestanden, deren zusammengerechneter Betrag vertragsmässig als Schuld des Einen wider den Andern festgestellt wurde. Der Sache nach ist dies unzweifelhaft richtig. Man würde gewiss niemals einen deshalbigen Zweifel gehegt haben, wenn man sich stets klar gemacht hätte, dass Addiren und Subtrahiren überhaupt keinen Schuldgrund abgebe, und dass es daher für die verpflichtende Kraft des ein Rechnungsergebniss feststellenden Schuldvertrags wohl einerlei sein müsse, ob dabei blos addirt oder auch subtrahirt worden sei.

Was nun die obligirende Function der Abrechnung betrifft, so ist der dabei zu Grunde liegende Wille darauf gerichtet, dass derjenige, welcher bei der Rechnung gut behält, statt die einzelnen früheren Forderungen processualisch begründen und beweisen zu müssen, zur Erreichung des Resultats derselben sich auf die neue Einigung berufen dürfe. Indem so die Abrechnung materiell nichts Neues schaffen will, trägt sie dagegen ein formell neues, von dem ursprünglichen Bestand der Forderungsverhältnisse abstrahirendes, d. h. für seine juristische Wirksamkeit sich selbst genügendes Wollen in sich. In diesem Sinne ist die Abrechnung ein Summenversprechen, ein formeller Vertrag.

Dass sie als solcher römisch-rechtlich nicht mittelst formloser Eingehung geschaffen werden konnte, versteht sich von selbst.[1]) Eben so unzweifelhaft ist es aber, dass, wenn das Resultat einer Berechnung über Forderungsverhältnisse durch Stipulation versprochen wurde, hierin ein Schuldgrund lag. Heutzutage muss nun dem in der Abrechnung zu Tage tretenden formlosen Vertrage die Bedeutung der Stipulation, und zwar der stipulatio debiti, beigelegt werden, da ihm ganz dieselbe Natur, die eines Zahlungsversprechens in Anerkennung bestehender Forderungen, innewohnt. Dieses Zahlungsversprechen kann bei der Abrechnung ausdrücklich ertheilt werden. Es liegt aber auch schon in der vertragsmässigen Feststellung der Schuld auf den berechneten Betrag, in der Erklärung (dem „Bekenntiss“), auf den und den Betrag miteinander abgerechnet zu haben. In dem ersteren Fall von einer „Verbindung zwischen

1) Beispiele in l. 61 pr. de O. et A. 44, 7. l. 26 §. 2 depos. 16, 3.

Abrechnung und Constitut" zu reden, [2]) ist eine Rechtsauffassung, deren praktische Bedeutung nicht abzusehen steht.

Das gemeinsame Grundelement der Abrechnung, sowohl in ihrer liberirenden, als obligirenden Function, bildet die Anerkennung der beiderseitigen Forderungs- resp. Zahlungsposten. Sobald diese animo obligandi erfolgt ist, geht alles Weitere durch die reine Verstandsoperation des Rechnens vor sich. Dass diese letztere nicht das bindende Element der Abrechnung ist, ergiebt sich schon daraus, dass die Abrechnung wegen eines Rechenfehlers jederzeit einer Berichtigung unterliegt. Es kann daher nur die im Wege des Vertrags bethätigte Anerkennung sein, welche die Anfechtung der Abrechnung wegen Nichtbestandes der in ihr begriffenen Posten an die Darlegung eines entschuldbaren Irrthums oder Betrugs nach den Grundsätzen der condictio indebiti bindet.

Diese Anerkennung bewahrt auch selbst in der auf beiderseitige Forderungs- oder Zahlungsposten gegründeten Abrechnung ihre einseitige Natur. Bei der Abrechnung in ihrer reinen Gestalt erkennt jeder Theil die gegentheiligen Forderungs- oder Zahlungsposten an, weil er sie richtig findet, nicht weil seine Forderungen vom Gegner anerkannt werden. Die beiderseitigen Anerkennungen stehen daher beziehungslos einander gegenüber; sie werden durch kein Band des Willens, sondern durch die jederzeit wieder auflösbare Rechenoperation in Verbindung gesetzt. Es fehlt dem Abrechnungsgeschäft, wenn auch nicht an Zweiseitigkeit, doch an der Gegenseitigkeit. Die Folge davon ist, dass die Anfechtung der von der einen Seite anerkannten Posten dem Gegner kein Recht giebt, die seinerseits erfolgte Anerkennung der gegenüberstehenden Posten zurückzunehmen [2a]) (S. 129). — Anders freilich kann das Verhältniss vertragsweise festgestellt werden. Bei einer Abrechnung zwischen A. und B. kann letzterer erklären: „Gegen die Forderungen des A. habe ich zwar Einwendungen; ich will diese Einwendungen aber aufgeben mit Rücksicht darauf, dass A. auch meine Forderungen anerkennt." Hier stände die Anerkennung des B. der des A. nicht mehr beziehungslos gegenüber; das Geschäft hätte die Natur des Vergleichs angenommen. Die Folge davon würde sein, dass A., wenn er seine in der Abrechnung begriffenen Schuldposten mit Wirksamkeit anföchte, auch nicht mehr von der Anerkennung seiner Forderung durch B. processualischen Gebrauch machen könnte.

Man darf jedoch die dargestellte Trennbarkeit der in der Abrechnung sich gegenüberstehenden Posten nicht in der Art auffassen, dass bei der auf Abschluss einer Abrechnung gerichteten Proposition die Posten getrennt acceptirt werden könnten. Wenn A. dem B. eine Berechnung vorlegt, worin die beiderseitigen Forderungen gegenübergestellt sind, mit dem Antrag danach abzurechnen, so kann B. nicht erklären: „Ich accep-

2) Vergl. Pfeiffer S. 70, 89 e. — Allerdings aber kann das Resultat einer Abrechnung wieder von Neuem zum Gegenstand eines Anerkennungsvertrags gemacht werden, z. B. wenn darüber ein Schuldschein ausgestellt oder dasselbe in eine neue Abrechnung mitaufgenommen wird.

2a) Seuffert XIX. 25.

tire die Anerkennung meiner Forderungen, lehne aber die Anerkennung der jenseitigen Forderungsposten ab.“ Es würde das der vermuthlichen Absicht des Proponenten zuwider laufen. (Vergl. jedoch §. 57.)

Die Frage, ob die Abrechnung eine Novation (d. h. eine Tilgung der früheren Schuldverhältnisse) begründe, ist von verhältnissmässig untergeordneter Bedeutung. Es steht fest, dass, wenn auch keine Novation erfolgt, doch die in der Abrechnung begriffenen Forderungen nur noch insoweit verfolgt werden können, als sie nicht dabei zur Aufrechnung gekommen sind. Es muss ferner behauptet werden, dass auch bei vorhandener Novation die Abrechnung wegen irrthümlicher Voraussetzung der novirten Schuldverhältnisse angefochten werden könne. Die Frage, ob Novation oder nicht, entscheidet daher nur über Folgendes.

1) Enthält die Abrechnung eine Novation, so genügt wider die Klage aus den ursprünglichen Forderungen der Einwand: „es sind diese Forderungen in einer Abrechnung mit berechnet.“ Enthält die Abrechnung keine Novation, so kann nicht schon die Abrechnung an sich, sondern nur die Darlegung, dass die Forderungen dabei wirklich zur Aufrechnung gekommen seien, die Klagabweisung herbeiführen. Für die nicht aufgerechneten Forderungen tritt alsdann die Klage aus dem ursprünglichen Schuldgrunde und aus der Abrechnung in alternative Concurrenz.

2) Enthält die Abrechnung eine Novation, so gehen durch sie die Privilegien und Accessorien der in ihr berechneten Forderungen unter (S. 44); während sie im entgegengesetzten Falle fortbestehen.

Es ist nun allerdings richtig, dass im Zweifel eine Novation nicht anzunehmen steht, dass daher namentlich die Vorzugsrechte der Forderungen, soweit diese nicht wirklich zur Aufrechnung gekommen sind, die Abrechnung überdauern. [3]) Eine novirende Wirkung würde der Abrechnung nur zukommen, wenn bei ihr ausdrücklich erklärt oder thatsächlich kundgegeben [3a]) wäre, dass aus den ausspränglichen Forderungen nicht mehr solle geklagt werden können.

Die Abrechnung, als klagbegründendes Rechtsgeschäft, findet daher ihre theoretische Grundlage in der accessorischen Stipulation. Daraus erklären sich vollkommen alle Wirkungen, welche die Praxis ihr beilegt.

Die Abrechnung, als Anerkennung der in ihr verrechneten Forderungen, würde an sich nicht hindern, dass die Contrahenten andere Forderungen, welche in der Abrechnung nicht begriffen waren, nachträglich wider einander geltend machen und dadurch das Ergebniss der Abrechnung ändern könnten.[4]) Wo aber eine eigentliche „Abrechnung“ vorkommt,

3) Pfeiffer S. 88 c. S. 46. Was die Frage betrifft, welche der ursprünglichen Forderungen die Abrechnung überdauern, so wird man im Zweifel annehmen müssen, dass die älteren Forderungen und Gegenforderungen wider einander getilgt seien, die jüngeren dagegen in der Abrechnungssumme fortleben.

3a) So namentlich, wenn die über die ursprünglichen Forderungen und Zahlungen lautenden Papiere gegenseitig zurückgegeben werden. (Regelsberger a. a. O. S. 175, wo über die novirende Wirkung der Abrechnung gute Bemerkungen sich finden.)

4) S. §. 16 Note 5 u l. 29 de O. et A. 44. 7. — Die Geltendmachung weiterer, vor die Abrechnung fallender, eigentlicher Zahlungen auf die darin begriffenen Forderungen würde schon durch die in der Abrechnung liegende Anerkennung der Forderung

da werden die Contrahenten regelmässig auch die Absicht haben, deren Wirksamkeit auf ein gewisses negatives Gebiet auszudehnen, dergestalt, dass sie mittelst solcher einen gesammten Bereich von Obligationsverhältnissen zur Erledigung zu bringen bezwecken, indem sie durch die Abrechnung anerkennen, dass innerhalb dieses Bereichs weitere Forderungen, ausser den verrechneten, nicht zwischen ihnen bestehen. Die Frage, wie der Umfang jenes Bereichs sich bestimme, kann mitunter zweifelhaft sein. Es kann derselbe nach Zeit oder Gegenstand sich begrenzen. Noch häufiger aber wird die Abrechnung die Gesammtheit der beiderseitigen Forderungsverhältnisse als den durch sie zu erledigenden Bereich in's Auge fassen. Hier übt die Abrechnung eine ähnliche Function wie die röm. stipulatio Aquiliana und die an diese geknüpfte Acceptilation (S. 46). Jene Absicht kann mit ausdrücklichen Worten erklärt werden, z. B. die Contrahenten „bescheinigen, dass sie sonstige An- und Gegenforderungen wider einander nicht haben". Sie kann aber auch stillschweigend hervortreten. Ausdrucksweisen, welche diesen Willen andeuten, sind: die Bezeichnung der Abrechnung als einer „Hauptabrechnung"; die Bemerkung, dass nur noch eine oder die andere, nicht in die Abrechnung aufgenommene, Schuld neben dieser vorbehalten bleibe. — Wie frei in dieser Beziehung die Römer das Recht behandelten, dafür giebt die l. 26 de probat. (22, 3) einen Beleg ab. Umgekehrt aber finden wir Verzichte von scheinbar allgemeinerem Umfange im Wege der Interpretation auf das Gebiet des wirklich Gewollten beschränkt. [5]) — In der heutigen Praxis hat man die hier fragliche Function der Abrechnung nicht immer scharf in's Auge gefasst. Die widersprechende Art und Weise, wie in den bei Pfeiffer mitgetheilten Entscheidungen N. 19, 20 u. 25 über die Wirkung der Abrechnung in dieser Beziehung geurtheilt ist, lässt das erkennen.

So weit nun der Abrechnung jene Wirkung zukommt, ergiebt sich als Folge, dass selbst neue Forderungen, welche dem Gebiete der Abrechnung angehören würden, nicht anders, als nach den Grundsätzen der cond. indeb. geltend zu machen stehen. [6]) Auch muss davor gewarnt werden, einen entschuldbaren Irrthum in der gedachten Beziehung schon dann präsumiren zu wollen, wenn blos nachgewiesen wird, dass die nachträglich geltend gemachte Forderung in der Abrechnung nicht mit verrechnet sei, zumal wenn diese Forderung älter ist, als die ausdrücklich verrechneten Posten. Denn häufig werden Abrechnungen geschlossen, welche alle Verhältnisse der Betheiligten zu erledigen bestimmt sind, ohne dass gleichwohl die bereits früher erledigten Forderungen nochmals mit in die Berechnung gezogen werden.

an sich ausgeschlossen sein. Derjenige, welcher eine Forderung als bestehend anerkennt, erkennt damit auch an, dass diese nicht durch Zahlung getilgt sei, und wenn er daher nachträglich geltend machen will, dass die Forderung als bezahlt nicht mehr bestanden habe, so kann er dies nur unter den Bedingungen der cond. ind. Die bei Pfeiffer mitgetheilte Entscheidung Nr. 24 ist daher nicht zu billigen.

5) l. 5 de transact. l. 47 §. 1 de pact. l. 89 pr. de solut.

6) Vergl. Seuffert IV. 220. XIV. 221.

Auf das Verhältniss der Abrechnung zu ihrer materiellen Grundlage näher einzugehen, ist deshalb nicht nöthig, weil wir dieselbe Lehre bei der Schuldurkunde und Quittung wiederfinden (§. 61).

§. 56 a. [1])

Einfache Anerkennungs-Erklärung.

Wenn ich mich mit meinem Geschäftsfreunde rechtswirksam dahin einigen kann:

„Weil Du mir an verschiedenen Forderungen aus Kauf, Darlehn u. s. w., abzüglich einer Gegenforderung für geleistete Dienste, (6 + 3 — 4 =) 5 schuldig bist, so willst und sollst Du mir fortan 5 schulden";

so ist durchaus nicht einzusehen, warum wir uns nicht mit gleicher Wirksamkeit auch dahin einigen könnten:

„weil Du mir aus Kauf 6 schuldig bist, willst und sollst Du mir fortan 6 schulden".

Denn ob die Summe, welche wir als Schuld zwischen uns festsetzen, aus verschiedenen Schuldverhältnissen mittelst einer Rechenoperation gezogen, oder ob solche einem einzigen Schuldverhältniss als Summa per se entnommen wird, kann doch wohl vernünftiger Weise keinen Unterschied begründen. Mit anderen Worten: wer die „Abrechnung" als Klaggrund anerkennt, erkennt damit, wenn er nicht der äussersten Inconsequenz verfallen will, das abstracte, auf Grund bestehender Forderungsverhältnisse ertheilte Schuldversprechen überhaupt als Klaggrund an.

Allerdings pflegt nun aber, wo der Bestand oder Nichtbestand einer einzelnen Forderung festgestellt werden soll, diese Feststellung nicht in der doctrinären Weise, wie sie oben formulirt ist, zu erfolgen. Vielmehr entspricht es ganz und gar der heutigen Rechtssitte, auch die Form des neuen Schuldversprechens demjenigen Element zu entnehmen, welches die Abstraction von dem Bestande des ursprünglichen Schuldverhältnisses aufweist und dadurch dieses vertritt, nämlich der Anerkennung. Die vom Schuldner abgegebene, vom Gläubiger angenommene Erklärung:

„Ich erkenne die und die Schuld in dem und dem Betrage an",

enthält genau die nämliche vertragsmässige Feststellung des aus der einzelnen Forderung Geschuldeten, wie die Erklärung:

„Wir haben auf die und die Summe abgerechnet",

bezüglich der Schuld aus einer Gesammtheit von Forderungen. Sie ist ein Zahlungsversprechen, gerichtet auf die Summe der anerkannten Schuld.

Wir sind so zu derjenigen Form des Anerkennungsvertrags gelangt, die ich oben (S. 126) als „einfache Anerkennungs-Erklärung" bezeichnete. Sie charakterisirt sich vor den übrigen Formen nur negativ, und bietet daher die wenigsten Eigenthümlichkeiten dar. Sie liegt überall vor, wo behufs Feststellung des Rechtsverhältnisses der Schuldner seinem Gläubiger gegenüber den Bestand, oder der Gläubiger seinem

1) Es entspricht dieser Paragraph dem §. 67 der ersten Ausgabe.

Schuldner gegenüber den Nichtbestand einer Schuld anerkennen zu wollen erklärt, und der Wille des Gegenüberstehenden sich hiermit einigt. Gerade diese Form des Anerkennungsvertrags hat früher am meisten darunter zu leiden gehabt, dass sie als „aussergerichtliches Geständniss“ nur für ein Beweismittel gehalten wurde. Dermalen aber hat sie in der Praxis ihre Berechtigung nahezu durchgekämpft.

Als Beispiel einer solchen einfachen Anerkennungserklärung kann folgender Rechtsfall dienen:

V. hatte von D. ein Darlehn aufgenommen. Das Geld war zu Gunsten des S., eines Anverwandten des V., verwendet worden, und dieser hatte auch dem V. zugesagt, das Geld an D. zurückzuzahlen. Da V. vernommen, dass die Schuld durch S. ausgeglichen sei, er aber seiner Sache sicher sein wollte, so begab er sich mit einem Zeugen zu D. und fragte ihn, wie es mit seiner Schuld stehe. Darauf erklärte D.: „Er habe sein Geld erhalten und keine Forderung mehr an ihn zu machen.“ Später klagte D. gleichwohl wider V. das Darlehn ein. Das OGericht zu F. beurtheilte den gedachten Vorgang folgendermassen: „Die Erklärung des Gläubigers an seinen Schuldner, dass er wegen seiner Ansprüche an diesen nichts mehr zu fordern habe, wenn sie zugleich unter Umständen geschieht, welche die Absicht beider Theile, durch Abgabe und Annahme jener Erklärung ihr gegenseitiges Rechtsverhältniss zu regeln, erkennen lassen, stellt sich nicht etwa nur als ein Beweismittel für die materielle Tilgung der Schuld, sondern zugleich als ein Willensakt dar, welcher die Befreiung des Schuldners zur Folge hat, wenn nicht der Gläubiger jene Erklärung als auf einer irrthümlichen Vorraussetzung beruhend darlegt“. Demnach wurde der Verklagte auf Grund jenes Vorgangs, worüber Beweis erbracht wurde, von der Klage entbunden.

Ein interessanter Rechtsfall, wo aus der Ableugnung eines Vertragsabschlusses später dem Gegner eine Einrede wider die Klage aus solchem gestattet wurde, findet sich bei Seuffert XVIII. Nr. 130.

§. 57.

Rechnungsstellung.

Die Rechnungsstellung steht zwar zu der Abrechnung in naher Beziehung, hat jedoch in gewisser Hinsicht eine eigenthümliche Natur.

Die Verpflichtung zur Rechnungsablage ist schon dem römischen Rechte bekannt. Man führte Rechnungen (rationes, ratiocinia), welche Einnahmen und Ausgaben enthielten, [1]) und es wird allgemein als eine Verpflichtung derer, welche fremde Geschäfte besorgen, anerkannt, solche Rechnungen aufzustellen, dem Geschäftsherrn vorzulegen und danach ihren Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung nachzukommen. [2]) Gleichwohl finden wir die Bedeutung dieser Verpflichtung bei den hier einschlagenden

1) l. 6 §. 3 de edendo 2, 13. l. 47 §. 1 de pact.

2) l. 1 §. 3 de tut. et rat. 27, 3. l. 46 §. 4 de proc. 3, 3. l. 2 de neg. gest. 3, 5. l. 2 §. 2 de admin. rer. 50, 8. c. 1 ubi de ratioc. 3, 21.

Obligationen nur wenig erörtert. [3]) Der Grund hierfür dürfte wohl darin liegen, dass die fragliche Verpflichtung in ihrer eigentlich nur processualischen Bedeutung dem Rechtsgebiete angehörte, welches dem Ermessen des judex anheimfiel, [4]) ein Gebiet, welches die röm. Juristen weniger ex professo behandeln. Im heutigen Process, wo die Ansprüche aus einem Rechtsverhältnisse nicht mehr im Allgemeinen („quidquid dare facere oportet"), sondern stets in concreter Richtung geltend zu machen sind, tritt die Verpflichtung zur Rechnungsablage in den Vordergrund und wird gleichsam zu einer selbständigen Verbindlichkeit. [2a])

In der Regel muss derjenige, welcher einen Klaganspruch erhebt, die denselben begründenden Thatsachen mit derjenigen Genauigkeit, welche man überhaupt im Rechtsverkehr begehren darf, erbringen. Wollte Jemand eine Darlehnsklage dahin anstellen, „er habe dem Verklagten nach und nach verschiedene Darlehen gegeben; er bitte, den Verklagten anzuhalten, die Beträge derselben zu verzeichnen und danach dieselben zurückzuerstatten", so würde diese Klage nicht zugelassen werden; und mit Recht, da der Kläger selbst wissen muss, wie viel er Darlehen dem Verklagten gegeben hat. Es giebt aber auch Verhältnisse, nach deren Natur der Berechtigte gar nicht wissen kann, worin im Einzelnen sein Anspruch wider den Verpflichteten besteht. Hier erfordert es die bona fides, dass der Verpflichtete selbst die seine Verpflichtung begründenden Thatsachen angebe. Habe ich z. B. Jemanden beauftragt, meine Revenüen einzunehmen, so ist dieser verpflichtet, mir Auskunft zu ertheilen, inwieweit er die Einnahme bewirkt habe und inwieweit dieselbe noch rückständig sei, damit ich erfahre, ob ich mich mit meinen Ansprüchen an ihn selbst oder an die ursprünglichen Schuldner zu halten habe. Diese Auskunftsertheilung ist es, welche nach der gewöhnlichen Form, in welcher sie geschieht, [5]) als Rechnungsablage bezeichnet wird. Die Verpflichtung zu solcher erwächst nicht allein aus Obligationen, sondern auch aus anderen Rechtsverhältnissen. So z. B. enthält die bei den Erbschaftsklagen übliche Klagbitte, die Erbschaft „nach einem Inventar oder eidlich zu bestärkenden Verzeichniss" herauszugeben, eine Klage auf Rechnungsstellung.

Der Anspruch auf Rechnungsstellung ist hiernach ein Recht des Geschäftsherrn, gerichtet auf Auskunft über die den Geschäftsführer verpflichtenden Thatsachen, m. a. W. auf Verzeichnung der Einnahmeposten. Dagegen hat der Geschäftsherr auf die Verzeichnung der Ausgabeposten weder ein Recht, noch dabei ein Interesse; ihre processua-

[2a] Seit dem dies geschrieben wurde, ist von mir ein Aufsatz über „die Verpflichtung zur Rechnungsablage" in Jhering's Jahrbüchern Bd. 13. veröffentlicht worden.

3) Die Haupterörterungen über die Bedeutung des „rationes reddere" finden sich bei Besprechung der Fälle, wo solches zum Gegenstand einer testamentarischen Auflage gemacht war, indem hier die Frage, was dazu gehöre, eine unmittelbar materielle Bedeutung gewann. Vergl. l. 82. l. 111 de cond. et dem. 35. 1. l. 6 §. 7 de statu lib. 40, 7. l. 8. §. 5 de lib. leg. 34, 3. l. 41 de fid. lib. 40, 5. l. 89 §. 2 de V. S.

4) c. 1 de edendo 2, 1. l. 1 §. 7 si is qui test. 47, 4.

5) An sich ist die schriftliche Form nicht nothwendig. Vergl. l. 26 de statu lib. 40, 7. — OAG. in S. Bindernagel c. Pfeiffer 1833.

lische Begründung liegt ja schon an sich dem Geschäftsführer ob, und dieser allein ist dabei interessirt, dass sie zur Geltung kommen. Die Ausgabeposten stehen daher zu der Rechnungsstellung in keiner anderen Beziehung, als dass sie Gegenforderungen bilden, welche der Geschäftsführer seinen durch die Einnahme begründeten Verpflichtungen entgegenzustellen befugt ist.

Nicht selten aber wird die Natur der Rechnungsstellung dahin verkannt, als ob solche ein Recht nicht blos des Geschäftsherrn, sondern auch des Geschäftsführers sei. Wenn der Geschäftsherr zufällig im Stande ist, selbst die Einnahme zu verzeichnen, und deshalb sofort auf deren Erstattung klagt, so weist man die Klage zurück, „weil der Geschäftsherr auf die Einnahme nur nach Abzug der Auslagen ein Recht habe, und deshalb erst auf Rechnungsablage klagen müsse.“ [6]) Es beruht diese Anschauung auf einer Verkennung der processualischen Sachlage. Allerdings ist materiell der Geschäftsherr auf die Einnahme nur nach Abzug der Ausgabe berechtigt. Processualisch wird aber doch sein Anspruch schon allein durch die Einnahmeposten begründet, während die Geltendmachung der Ausgabeposten dem Geschäftsführer zukommt. Um diesem hierzu Gelegenheit zu geben, bedarf es aber keiner Klage auf Rechnungsstellung; er findet diese Gelegenheit, wenn sich die Parteien nicht aussergerichtlich verständigen, da, wo alle Einreden Platz finden, in der Vernehmlassung wider die auf Erstattung der Einnahmen gerichtete Klage des Geschäftsherrn. Eine Klage auf Rechnungsstellung lediglich zu dem Zweck, dass der Geschäftsführer seine Ausgabeposten geltend mache, ist eine Klage darauf, dass der Verklagte excipire; eine solche Klage zulassen oder gar begehren, heisst den Process verdoppeln.

Die Einzeichnung eines Postens als Einnahme in die Rechnung kann, so lange der Rechnungsführer dieselbe in Händen behält, keine Obligation begründen. [7]) Legt dieser aber dem Geschäftsherrn Rechnung ab, so verpflichtet er sich formell auf die berechneten Einnahmeposten; [8]) die Rechnungsstellung über solche begründet einen Anerkennungsvertrag. Stellt der Rechnungsführer zugleich seine Ausgaben gegenüber, so liegt hierin die Proposition eines weiteren, vom Geschäftsherrn einzugehenden Anerkennungsvertrags, und wenn dieser dieselben anerkennt, so gestaltet sich der hierauf gegründete Rechnungsabschluss zu einem Abrechnungs-

6) Seuffert I. Nr. 32.

7) Seuffert IV. Nr. 171. (Die Gesetze, welche man hierfür anführt — l. 26 de donat. u. l. 49 §. 2 de pecul. — passen nicht ganz hierher. Eben so wenig aber begründet l. 34 de neg. gest. das Gegentheil, da hier der Inhalt der geführten Rechnung blos zur Interpretation des Willens dient.)

8) Aehnliches scheint schon bei den Römern, wenigstens für Vormundsrechnungen, gegolten zu haben. Das „rationibus referre, accepto ferre“ gilt als formales Kennzeichen für die Verwendung eines Postens in das Vermögen des Pupillen (l. 7 de resc. vend. l. 56 de admin. et per. l. 4 §. 1 de evict). „Sibi mutuam proscribendo“ verpflichtet sich der Vormund dem Pupillen auf ein Darlehn (l. 9 §. 7 de adm. et per.). „Agnoscere“ bezeichnet die Verpflichtung, sich einen Posten in Einnahme oder Ausgabe gefallen zu lassen (l. 7 §. 12. l. 9 §. 4 u. 6. l. 16, 44. 46 de adm. et peric.). — „Instrumentum suae professionis“ wird die Rechnung eines Argentarius genannt (l. 6 §. 9 de edendo).

geschäft. Darin aber unterscheidet sich die Rechnungsstellung von der oben (S. 179) betrachteten Proposition einer Abrechnung, dass dem Geschäftsherrn gestattet ist, Einnahme und Ausgabe zu trennen, erstere anzunehmen und letztere abzulehnen. [9]) Der Grund hierfür liegt darin, dass die Verzeichnung der Einnahme nicht die Natur einer freien Proposition hat, sondern in Erfüllung einer Verpflichtung geschieht, welche unabhängig davon besteht, ob der Geschäftsherr die Ausgabeposten anerkennt oder nicht, und deren Erfüllung deshalb auch unabhängig hiervon acceptirt werden kann. Der Geschäftsherr kann daher auf Grund der Rechnung nicht allein den vom Rechnungsführer sich selbst gezogenen Recess (d. h. die Einnahme abzüglich der berechneten Ausgabe) gegen diesen einklagen, [10]) sondern er kann auch lediglich die berechneten Einnahmeposten seiner Klage zu Grunde legen und erwarten, wie der Verklagte die Ausgabeposten einredeweise geltend mache.

Eine nur scheinbare Ausnahme hiervon wird dadurch herbeigeführt, dass nach den Regeln des s. g. Rechnungsstyls auch solche Posten, welche zur Einnahme überwiesen, aber nicht wirklich eingegangen sind, zwar in Einnahme, gleichzeitig aber auch wieder unter dem Titel „Liquidation“ in Ausgabe gesetzt werden. Da diese Liquidation in der That nur eine Verneinung der in ihr begriffenen Posten als Einnahme enthält, so würde es unzulässig sein, wenn der Geschäftsherr die berechnete Einnahme sich aneignen wollte, ohne zugleich die Liquidation abzusetzen. Nur dann würde sich dies rechtfertigen, wenn der Rechnungssteller unbedingt für die überwiesene Einnahme ohne Rücksicht auf den wirklichen Eingang zu haften hätte.

Auch bei der Rechnungsstellung und dem auf sie gegründeten Rechnungsabschluss darf man als Regel annehmen, dass sie je einen gewissen Bereich von Forderungsverhältnissen zu erledigen bestimmt sind, und dass deshalb alle in diesen Bereich fallende Posten nachträglich nur kraft Irrthums noch zur Geltung gebracht werden können. Dabei wird jedoch der Geschäftsherr thatsächlich in der günstigeren Lage sich befinden, dass bei ausgelassenen Einnahmen, die er nachträglich als vom Rechnungsführer erhoben nachzuweisen vermag, die dringende Vermuthung des Irrthums ihm zur Seite steht.

Wo der Geschäftsherr der Staat ist und deshalb die Rechnungsabhörung durch die dem Rechnungsführer vorgesetzte Behörde in Vertretung des Fiscus geschieht, ist die rechtliche Bedeutung des Rechnungsabschlusses keine andere. Zwar pflegt partikularrechtlich jener Behörde, auch wenn sie in Widerspruch mit dem Rechnungsführer die Rechnung abschliesst, eine Beitreibung des demselben gezogenen Recesses im administrativen Wege zuzustehen; und hierdurch kann es kommen, dass

9) „Der Satz, dass derjenige, welcher sich auf eine Urkunde beruft, diese ihrem ganzen Inhalte nach gegen sich als beweisend anerkennen muss, findet hier keine Anwendung.“ OAG. in S. Gehrung c. Stadt Witzenhausen (1824): Trönners Erb. c. Fisci Proc. (1838).

10) „Die Acceptation liegt in der Klaganstellung.“ OAG. in S. Knierim'sche Erb. c. Immenhäuser Siechenh. (1850).

der Rechnungsführer gegen den zu seinen Ungunsten erfolgten Abschluss klagend aufzutreten genöthigt ist, während er sonst die Klage des Geschäftsherrn abwarten könnte. Durch diesen Wechsel der Parteirollen wird aber in der rechtlichen Stellung der Streittheile, namentlich hinsichtlich der Beweislast, nichts geändert.

Zweifelhafter kann die Bedeutung derjenigen Rechnungsablagen erscheinen, welche vor Staatsbehörden nicht als Organen des Fiscus, sondern zufolge des dem Staate über diejenigen Personen, deren Vermögen verwaltet wird, zustehenden Schutz- und Aufsichtsrechtes erfolgen, wohin die Rechnungsablagen des Vormundes vor der Obervormundschaft, der Beamten von Gemeinden, Stiftungen etc. vor der Aufsichtsbehörde gehören. Hier ist anzunehmen, dass die aufsehende Behörde ihren Schutzbefohlenen insoweit vertritt, als es sich um den Erwerb von Rechten für diesen handelt; dass sie dagegen Rechte demselben nicht vergeben kann. Die Zugeständnisse des Vormunds, welche dem obervormundschaftlichen Rechnungsabschluss zu Grunde liegen, binden daher den Vormund auch dem Curanden gegenüber, so dass dieser seine Rechtsansprüche darauf gründen, der Vormund aber dieselben nur nach den Grundsätzen der condictio indeb. zurücknehmen kann. Dagegen präjudiciren die Ergebnisse der obervormundschaftlichen Rechnungsabhörung im Uebrigen weder dem Vormund noch dem Bevormundeten. Jeder von beiden kann dieselben, soweit er sich in seinen Rechten verletzt glaubt, im eigentlichen Rechtswege wider den Andern anfechten, ohne dass die Entscheidung der Obervormundschaft eine nachtheiligere Lage für ihn begründet. [11])

Als Beleg für die gedachte Verpflichtungskraft der öffentlich gestellten Rechnungen kann die Vorschrift Justinians über die Wirksamkeit des vom Vormund errichteten Inventars dienen. [12]) Justinian verordnet in c. 13 arbitr. tut. (5, 51):

Veteris juris dubitationem decidentes sancimus, si quidem tutor vel curator pro substantia pupilli vel adulti aliquid ubicunque dixerit, ad majorem quantitatem eam reducens, sive pro utilitate pupilli vel adulti, sive per suam simplicitatem, sive per aliam quamcunque causam, nihil veritati praejudicare, sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura, et mensura pupillaris vel adulti ostendit substantiae. Sin autem inventario publice facto res pupillares vel adulti inscripserit et ipse per hujusmodi scripturam confessus fuerit ampliorem quantitatem substantiae: non esse aliud inspiciendum, nisi hoc quod inscripserit, et secundum vires ejusdem scripturae patrimonium pupilli vel adulti exigi; neque enim sic homo simplex, immo magis stultus, invenitur, ut in publico inventario scribi contra se aliquid patiatur.

Der Schlusssatz dieser Constitution weist so deutlich auf die Worte der l. 26 de prob. (S. 64) hin, dass darin eine Uebertragung der Grund-

11) Richtig bemerkt Bayer (Summ. Proc. S. 219), dass die Rechnungsabhörung durch die Obervormundschaft kein Rechnungsprocess und deren Rechnungsabschluss kein Urtheil sei. Unrichtig aber erscheint es, wenn er jene Behörde einer Finanzstelle gleichstellt, welche die ihr abgelegte Rechnung mit der Wirkung des Verzichts anzuerkennen befugt sei.

12) Vergl. auch l. 4 §. 3 de fidej. et nomin. tut. 27, 7.

sätze der cond. indeb. auf die Anfechtung öffentlicher Inventare nicht zu verkennen steht. Zugleich ergiebt diese Stelle in ihrem anschaulichen Gegensatze, dass die Unterscheidung zwischen ächter und unächter Anerkennung auch bei den Juristen zur Zeit Justinians noch nicht erloschen war.

§. 57 a.

Kaufmännisches Gutschreiben, Saldoziehen und Contocorrentstellen.

Die bisher betrachteten Anerkennungsverträge des gemeinen Verkehrs treten innerhalb des käufmännischen Verkehrs noch in besonderen Formen auf.

Der einfachen Anerkennungserklärung entspricht das kaufmännische Gutschreiben einzelner Posten; ein Institut, welches noch das besondere wissenschaftliche Interesse darbietet, dass es dringend zu einer Vergleichung mit dem älteren röm. Literalcontract auffordert.

Die Nachrichten, welche wir über diesen Literalcontract haben, sind äusserst dürftig. Das Genaueste, was wir davon wissen, besteht in der Aufzeichnung des Gajus:

(Lib III. §. 128.) Litteris obligatio fit veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo; vel a re in personam, vel a persona in personam. (§. 129.) A re in personam transcriptio fit veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. (§. 130.) A persona in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

Wie dieser an die röm. codices accepti et expensi sich anknüpfende Geschäftsverkehr im Einzelnen gestaltet gewesen sein möge, wird wohl stets ungewiss bleiben. Gewiss ist nur, dass das von Gajus Mitgetheilte völlig entsprechend demjenigen ist, was auch jetzt noch tagtäglich bei unseren Kaufleuten vorkommt. Bei diesen dient in ganz gleicher Weise das „Gutschreiben“ und „Belasten“ in den Geschäfts-Büchern zur Feststellung und Ordnung ihrer Obligationsverhältnisse, und spielt so die Rolle eines Formalvertrags.

Betrachten wir zuerst einen Fall der transcriptio a persona in personam. Wenn ich bei einem Banquier in Frankfurt eine Summe gut habe, solche aber bei einem Banquier in Leipzig hinterlegt zu sehen wünsche, so ist es durchaus nicht nöthig, dass der Frankfurter das Geld baar nach Leipzig sende; es kann das Geschäft auch in folgender Weise abgemacht werden: der Frankfurter belastet mich auf meinem Conto mit der bestimmten Summe, als ob er sie wirklich baar verausgabt hättte, und schreibt solche dem Leipziger gut; der Leipziger dagegen belastet den Frankfurter mit dieser Summe und schreibt sie mir gut. Beide benachrichtigen sich unter einander, sowie mich, jener von der „Uebermachung“, dieser von dem „Empfang“ der angeordneten Summe. Damit ist die Sache abgemacht.

So wie hier das Gutschreiben einer Stipulation zwischen Delegatar und Delegaten entspricht, so entspricht es, wo es einfach zwischen

Schuldner und Gläubiger (a re in personam) vorkommt, einer stipulatio debiti. Der Kaufmann schreibt dem Fabrikanten: „Wir haben die übersandten Waaren empfangen, und den dafür berechneten Betrag mit — — zu ihren Gunsten notirt." Damit ist die Schuld aus dem Kaufvertrag zu einer anerkannten (formell festgestellten) Buchschuld, einer pecunia certa credita im röm. Sinne des Wortes, geworden. [1]) Keinem Geschäftsmanne wird es einfallen, eine solche Schuld anders, als wegen vorgefallenen Irrthums oder einer unrichtigen Voraussetzung bestreiten zu wollen. Als praktische Folge dieser formalen Feststellung muss aber anerkannt werden, dass, um auf eine solche Schuld Klage zur erheben, man nicht auf deren materielle Entstehung zurückzugehen braucht, sondern einfach auf das von Seiten des Gegners stattgehabte Gutschreiben sich beziehen darf, was so lange als Schuldgrund gelten muss, als nicht andererseits dargelegt wird, dass dasselbe auf Irrthum sich gründe.

Ganz dieselbe Manipulation, wie zur Feststellung der Forderungsposten, findet statt zur formalen Feststellung der erfolgten Schulderledigungen. Eine übersandte Baarzahlung wird unter gegenseitiger Benachrichtigung vom Absender auf dem Debet, vom Empfänger auf dem Credit des Geschäftsfreundes notirt und damit als eine dem Zahlenden zu Gute kommende Summe festgestellt.

Bei alle dem ist aber wohl zu merken, dass nicht eigentlich der Bucheintrag es ist, was das Schuldverhältniss feststellt, sondern die ausgetauschte briefliche Nachricht von solchem. Auch der Kaufmann wird nicht zweifeln, dass ein Bucheintrag, von dem er noch keine Nachricht gegeben hat, ihn nicht bindet; während umgekehrt eine über das Gutschreiben erfolgte Benachrichtigung ihn nicht weniger bindet, wenn etwa die Buchung aus Versehen unterblieben sein sollte. Nur wird bei ordnungsmässigem Geschäftsbetrieb jene Benachrichtigung mit dem Bucheintrag stets Hand in Hand gehen; und man fehlt daher nicht wesentlich, wenn man das Gutschreiben selbst als formellen Schuldgrund bezeichnet.

Einen zweiten, in das Gebiet des Abrechnungsgeschäfts fallenden Anerkennungsvertrag bildet die kaufmännische Saldoziehung. Um periodische Uebersichten zu gewinnen, vorgekommene Irrthümer zeitig zu berichtigen, und Zinsen, soweit sie berechnet werden, nicht zu lange aufwachsen zu lassen,[2]) übersendet der Banquier seinem Geschäftsfreund von Zeit zu Zeit, meist alljährlich, einen Auszug aus seiner laufenden Rechnung — Conto-Corrent, — welcher die Gesammtheit der beiderseitigen Forderungs- und Zahlungsposten — Debet und Credit, Soll und Haben — gegenüberstellt, mit der Aufforderung, das Rechnungsergebniss — Saldo — als Guthaben des Einen wider den Andern als richtig anzuer-

1) In S. Keller c. Piegler (1865) sprach das OAG. aus, dass die briefliche Erklärung über die geschehene Buchung eines für übersandte Waaren berechneten Postens eine verpflichtende Anerkennung der Schuld enthalte, ohne dass die vorausgegangene Bestellung der Waare noch in Frage zu ziehen sei.

2) Der Kaufmann im engeren Sinne berechnet in der Regel keine Zinsen, wohl aber stets der Banquier. Mit dem Rechnungsabschluss werden die Zinsen zum Kapitale geschlagen. Art. 291 d. D. Handelsgesetzbuchs.

kennen, damit solches baar ausgeglichen oder auf die neue Rechnung übertragen werde. Findet der Geschäftsfreund das übersandte Conto-Corrent richtig, so erklärt er brieflich seine Anerkennung. [2a]) Damit ist eine neue formale Feststellung des Guthabens bewirkt. Die Anerkennung des Saldo bildet einen selbständigen Klaggrund, der nur mittelst Nachweisung eines Irrthums oder Betrugs anzufechten steht. [3]) Und zwar erfasst diese formale Feststellung die Rechnung nicht allein in ihrem positiven, sondern auch in ihrem negativen Bestande; d. h. es wird damit anerkannt, dass, ausser den in Rechnung gebrachten, weitere Ansprüche aus der betreffenden Zeit nicht bestehen. Auch die Erhebung von Nachforderungen wird daher nur auf Grund entschuldbaren Irrthums geschehen können; wenn gleich ein solcher schon dann anzunehmen sein wird, wenn nachzuweisen steht, dass ein Posten zufolge ungenauer Buchführung, eines Abschriftsfehlers etc. ausgelassen ist. Wollte dagegen z. B. ein Banquier eine angesetzte Cours-Differenz, berechnete Spesen etc. nachträglich als zu gering angegeben anfechten, oder mittelst einer ihm günstigeren Art der Zinsberechnung Nachforderungen erheben, so wird ihm in der Regel der Saldoabschluss entgegen stehen. Er musste das früher wissen. [4])

Es gehört zu dem Geschäfte des Banquiers, dass er im Auftrage seiner Geschäftsfreunde deren Geldgeschäfte besorgt, namentlich also Wechsel und Werthpapiere für sie umsetzt, Zahlungen für sie leistet und empfängt. Das vom Banquier seinem Geschäftsfreunde übersandte Conto-Corrent nimmt hiernach den Charakter einer gestellten Rechnung im technischen Sinne an, d. h. der Banquier erkennt die berechneten Einnahmeposten als von ihm geschuldete an. Und zwar tritt hierbei das Eigenthümliche ein, dass der Banquier über seinen gesammten „im Auftrage“ seines Geschäftsfreundes geführten Geschäftsverkehr Rechnung zu stellen hat, hierunter aber nicht allein diejenigen Posten begriffen werden, die er von Dritten erhoben, sondern auch diejenigen, welche der Geschäftsfreund selbst auf laufende Rechnung — a conto — bei ihm eingezahlt hat, und welche, je nach dem Stand der Rechnung, bald als solutum, bald als creditum fungiren. Die solchergestalt vom Banquier geführte Rechnung gilt gewissermassen als im Interesse beider Theile geführt; und der Banquier kann die Zustellung eines Conto-Corrents nicht unter dem Vorwande verweigern, dass sein Geschäftsfreund ja selbst wissen könne, wie ihre Geschäftsbeziehungen sich stellen.

[2a] In neuerer Zeit ist es üblich geworden, dass der Banquier seinem Contocorrent alsbald ein gedrucktes Formular beifügt, das die Anerkennungserklärung enthält. Der Geschäftsfreund hat dieses zu unterschreiben und zurückzusenden. Hier ist also der Anerkennungsvertrag schon vollständig in das Bewusstsein gedrungen.

3) HGB. Art. 294. — Auch die in Contocorrenten übliche Clausel „Irrthum vorbehalten“ bedeutet nur, was sich gesetzlich von selbst versteht.

4) Bei der Frage, in wieweit eine nachträgliche Berichtigung einer übersandten und abgeschlossenen Rechnung zwischen Kaufmann und Kaufmann zuzulassen sei, dürfte zugleich in's Gewicht fallen, ob der Empfänger der Rechnung auch seinerseits den Irrthum hätte erkennen und aufklären können.

§. 58.

Schuldschein und Quittung.

Nach der in Theorie und Praxis herrschenden Ansicht gelten Schuldschein und Quittung nur als Beweismittel für die materielle Begründung oder Tilgung der Schuld, dergestalt, dass durch sie ein Recht überall nicht begründet werde.[1]) Für diese Annahme beruft man sich auf die römische Lehre, insbesondere diejenigen Stellen, welche den Urkunden die Natur eines Schuldgrundes absprechen (S. 103). In Verbindung damit steht die Verneinung eines neueren Literalcontracts. Nur da, wo die Schuldurkunde zugleich ein ausdrückliches Zahlungsversprechen enthält, redet man wohl von einem constitutum, über dessen materielle Wirksamkeit aber verschiedene, oft unklare Ansichten obwalten.

Dem gegenüber ist bereits oben die Ansicht ausgesprochen, dass Schuldschein und Quittung einen Willensact darstellen, darauf gerichtet, das in ihnen bezeugte Verhältniss gegen sich gelten zu lassen, und dass dieser Willensact durch Hingabe und Annahme der Urkunde zum Vertrag sich vollende.

An der Vertragsnatur der Schuldurkunde würde wohl nicht gezweifelt werden, wenn darin der geeinigte Wille stets ausdrücklich zu Tage träte, etwa in folgender Weise:

(a) Ich der unterzeichnete N. bekenne hierdurch, von A. im verflossenen Jahre für 100 Thlr. Weizen gekauft und empfangen zu haben, (b) und demnach ihm den Betrag von 100 Thlr. zu schulden. (c) Ich verspreche diese 100 Thlr. baldigst zu zahlen. (d) Ich, der mitunterzeichnete A., nehme dieses Versprechen an.

(Beide Unterschriften.)

Dieses Formular enthält in der hervorgehobenen Gliederung
a) eine Bescheinigung des materiellen Grundes der Verbindlichkeit;
b) ein Schuldbekenntniss;
c) ein Zahlungsversprechen;
d) die Annahme der Gegenseite.

Es fragt sich aber: sind denn alle diese Momente wirklich nothwendig, um einen Vertrag als vorhanden zu erkennen? — Wir wollen versuchen, rückwärts Glied für Glied hinwegzuschneiden, und sehen, ob nicht das Uebrigbleibende gleichwohl als Vertrag fortlebt.

Was zuvörderst die Annahme des Zahlungsversprechens betrifft, so kann diese ohne Zweifel eben so gut, als schriftlich in der Urkunde, auch in anderer Form, mündlich oder thatsächlich, erfolgen. Eine solche ist nun in der Annahme der Urkunde selbst enthalten. Schon dem römischen Recht ist die Abschliessung formloser Verträge durch Aushändigung einer einseitigen schriftlichen Erklärung an denjenigen,

1) Vergl. Heise und Cropp Abh. II. S. 352. Sintenis in Sells Jahrb. 1. S. 277, 278. Puchta Kl. Schr. S. 611 (vergl. o. S. 214). Heffter Syst. d. Civ. Proc. §. 254. („Anerkenntnisse einer Schuld beweisen als Selbstzeugnisse wider den Erklärenden und die für ihn haftbaren Personen.“) Römer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 36 S. 89.

welcher Rechte erwerben soll, völlig geläufig; [2]) und auch heutzutage trägt Niemand Bedenken, durch eine einseitig ausgestellte Vollmacht, Cessions- oder Verpfändungsurkunde, wenn sie demjenigen, welchem Rechte darin übertragen werden, ausgehändigt ist, den entsprechenden Vertrag als hergestellt zu betrachten. [3]) Warum sollte für die Schuldurkunde nicht ein Gleiches gelten? — Dabei muss hier wiederholt werden, was oben (S. 134) bezüglich des Anerkennungsvertrags im Allgemeinen bemerkt wurde, dass wohl nur selten eine Schuldurkunde ausgestellt wird, bei welcher nicht bereits vorher der Empfänger seinen auf Empfang der Urkunde gerichteten Willen erklärt hätte, so dass also in den meisten Fällen die Aushändigung der Urkunde, als Erfüllung des jenseitigen Begehrens, schon die Willenseinigung vollendet. [3a]) — Wir können hiernach den Satz d, sowie die darauf bezügliche Mitunterschrift des A. aus dem obigen Formular hinwegdenken; beide werden durch die Aushändigung der Urkunde an A. ersetzt. Mit dieser hört die Urkunde auf, eine „einseitige Handlung" zu sein. Wohl aber begründet sie einen rein einseitigen Vertrag, indem sie nur auf den Empfänger Rechte überträgt.

Ist denn aber, frage ich weiter, der Satz c (das Zahlungsversprechen) etwas so Wesentliches, dass sein Hinwegfallen die Natur der Urkunde veränderte? — Im gewöhnlichen Leben würde man schwerlich Gewicht darauf legen, ob ein Schuldschein ein ausdrückliches Zahlungsversprechen enthalte oder nicht. Jeder Unbefangene wird sagen: „ es versteht sich von selbst, dass wer seinen Gläubiger gegenüber schuldig zu sein bekennt, auch zahlen will." Und so ist es in der That. Wenn ich beurkunde, („bescheinige," „bekenne") schuldig zu sein, so will ich mich auf diese Schuld verpflichten. M. a. W., das urkundliche Schuldbekenntniss enthält stillschweigend ein Zahlungsversprechen. Die Synonymität beider Ausdrucksweisen findet sich schon an einer Stelle anerkannt, wo man solches kaum suchen möchte, nämlich bei Gajus, welcher (III. §. 128) die chirographa und syngraphae dahin definirt:

id est, si quis debere se aut daturum se scribat.

Weitere Belege bilden die oben (S. 93) angeführten Formen des pactum de non petendo und des constitutum. Wenn es den Römern als selbstverständlich erschien, dass die Erklärung des Gläubigers an den

2) l. 5 §. 3. l. 24. l. 26 de pec. const. 13, 5. l. 26 §. 1. l. 34 §. 1 de pignor. 20, 1. l. 59 §. 5. l. 60 §. 1. l. 62 §. 1 mand. 17, 1.

3) Seuffert II. Nr. 45. V. Nr. 115. IX. Nr. 223.

3a) Freilich kann es auch vorkommen, dass die Urkunde dem Gläubiger ohne dessen vorgängige Willenserklärung zu Händen kommt; z. B. der mit Ausklagung bedrohte Schuldner bittet brieflich seinen Gläubiger um Zahlungsfrist, und übersendet dabei einen Schuldschein, worin er sich zu der Schuld bekennt, diese zu verzinsen verspricht etc. Klagt nun später der Gläubiger aus diesem Schuldschein, so wendet vielleicht der Schuldner ein, der Gläubiger habe den Schein gar nicht angenommen, indem er auf die briefliche Sendung stillgeschwiegen; und es fragt sich dann: ist dieser Einwand begründet? M. A. n. nicht, der Schuldner müsste denn geltend machen können, dass er ausdrücklich den Empfänger des Scheins zu einer Erklärung über dessen Annahme oder Ablehnung aufgefordert, und auch hierauf der letztere geschwiegen habe. Denn wer einen Schuldschein aus den Händen giebt, versetzt dadurch den Empfänger in die Lage, auch stillschweigend sein Recht durch Besitz des Scheins für gesichert zu halten, und kann hiervon nicht ohne Weiteres zurückgehen.

Schuldner: Profiteor te non teneri, ein zur Exception berechtigendes pactum begründe, so ist es für das heutige Recht eben so natürlich, dass die umgekehrte Erklärung des Schuldners: Profiteor me teneri, einen klagbegründenden Vertrag abgiebt.

Wir dürfen endlich noch einen Schritt weiter gehen. Auch das Schuldigsein ergiebt sich als unmittelbare Consequenz aus der verpflichtenden Thatsache, und wer einen „auf 100 Thlr. abgeschlossenen Kauf" gegen sich gelten lassen will, der will diese 100 Thlr. auch schuldig sein. Oder glaubt man etwa, es werde Jemand einen Schein ausstellen, „eine Waare für 100 Thlr. gekauft zu haben", wenn er davon ausginge, dass die Schuld aus dem Kauf nicht mehr bestehe, weil z. B. der Kauf rückgängig geworden, oder der Preis bereits bezahlt sei? — Wir können daher in dem obigen Formular auch den Satz b hinwegstreichen und den ganzen Schuldschein auf den Satz a beschränken, ohne dass derselbe aufhörte, ein auf 100 Thlr. gerichtetes Zahlungsversprechen, und in den Händen des A. einen über dieses Zahlungsversprechen geschlossenen Vertrag darzustellen.

Ganz gleiche Bewandtniss hat es mit der Quittung. Diese bezeichnet schon ihr Namen nicht als Beweismittel, sondern als Willensact. [4]) Der in ihr bethätigte Wille der Freigebung kann nun einen direkten Ausdruck finden. Derselbe erweist sich aber auch schon in der Erklärung, dass die Schuld getilgt sei, sowie darin, dass dieselbe als „gezahlt" bescheinigt wird; ganz so, wie schon die Römer die feierliche Losgebung in die Worte „acceptum fero" einkleideten.

Freilich sagt man: der Aussteller solcher Urkunden wolle damit doch nur ein Beweismittel gegen sich schaffen. Aber ein Beweismittel für die Schuld wollen, heisst die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heisst die Schuld versprechen. [5]) Wir reden oftmals von „beweisen", wo wir von „formell verpflichten" reden sollten, [6]) weil uns für letzteres eine anschauliche Form, ein geläufiger Ausdruck, mitunter auch der klare Begriff mangelt. Dass aber dieser Begriff für die einschlagenden Verhältnisse tief im allgemeinen Rechtsbewusstsein lebt, kann einem aufmerksamen Beobachter nicht entgehen. Tagtäglich werden Schuldscheine und Quittungen ausgestellt, welche das faktische Verhältniss ganz anders bezeichnen, als wie es wirklich ist. Der Gewerbetreibende, der sich bei Bezahlung seiner Rechnung einen Abzug gefallen lässt, quittirt nichtsdestoweniger den ganzen Rechnungsbetrag mit „Dankend erhalten". Und wie unzählige Schuldscheine giebt es, worin der Schuldner bekennt,

4) „Quittung" (in der Latinität des Mittelalters quietatio, quittatio, quittantia, französ. quitte, quitter, quittance) hat seinen Stamm in quietus und bedeutet daher „Beruhigung, Losgebung, pactum de non petendo." Vergl. Haltauf Gloss. Germ. Dufresne Gloss. s. h. v. — Den Schriftstellern des Mittelalters ist daher auch eine „exceptio quietationis" ganz geläufig. Erst in neuerer Zeit hat sich an jenen Ausdruck mehr die Idee eines Empfangscheines geknüpft.

5) In ganz gleicher Weise wie das Nichtwollen eines Beweismittels, welches sich in der Rückgabe, Vernichtung etc. des Schuldscheins ausspricht, ein Nichtwollen der Schuld ausdrückt. l. 2 de pact. l. 24 de prob. l. 3 §. 1 de lib. leg. c. 7 de remiss. pign.

6) So sagen wir: das gerichtliche Geständniss, der geschworene Eid etc. beweise.

„ein Darlehn baar und richtig empfangen zu haben“, während die Zuwendung des Geldes in ganz anderer Weise erfolgt ist. Glaubt man, solches Alles geschehe für den bedeutungslosen Zweck, ein unwahres Beweismittel zu schaffen? Sicherlich nicht! Vielmehr soll die Urkunde die Einigung über den Bestand oder Nichtbestand der Schuld ausdrücken, woneben es, wie der Rechtssinn im Volke durchfühlt, auf die materielle Entstehung des Verhältnisses nur secundär ankommt. Man trägt deshalb kein Bedenken, jener Einigung in einer fingirten Baarzahlung die einfachste Grundlage zu geben.

Noch deutlicher tritt diese Rechtsauffassung bei den gerichtlichen Schuldverschreibungen und Quittungen zu Tage. Eine solche Schuldverschreibung heisst schlechthin „die Obligation“. „Auf diese Obligation“, [7]) „auf die Quittung“ wird das Geld gezahlt. Nicht selten werden dieselben hingegeben unter dem Vorbehalte dieser oder jener noch zurückstehenden Gegenleistung. Für eine ältere Obligation wird eine neue errichtet, und die ältere dagegen quittirt. Kurz, wir begegnen hier einem Verkehr, welcher völlig dem Austausch abstract zugewendeter Vermögensobjecte entspricht. [8])

§. 59.

Schuldschein und Quittung (Fortsetzung).

Wir sind hiermit bereits auf die wahre Natur von Schuldschein und Quittung gelangt. In ihrer abgeschlossenen Form, welche auch hier, gleich einem Rahmen, den Inhalt des vertragsmässig Festzustellenden in sich aufnimmt, [1]) stellen sie einen Vertrag dar, in welchem das einfache Versprechen oder die Freigebung nicht mehr als Bestandtheil der materiellen Begründung oder Lösung der Obligation dasteht, sondern von dieser losgetrennt und auf deren Grundlage zur Selbständigkeit erhoben ist. Denn wer einen Schuldschein ausstellt, verspricht zu zahlen, nicht, „wenn er schuldig ist,“ sondern „weil er schuldig ist.“ Jene Urkunden entsprechen hiernach den römischen Formalverträgen; ja man kann sie

7) „Stipulationis implendae gratia“ (S. 43).

8) Noch bestärkend musste auf diese Rechtsauffassung der in neuerer Zeit so lebendig gewordene Verkehr mit Schuldverschreibungen auf den Inhaber einwirken, (deren rechtliche Natur gleichfalls auf die Theorie des in der Urkunde verkörperten, abstracten Zahlungsversprechens zurückzuführen ist. Vergl. Unger, die rechtliche Natur der Inhaberpapiere; Bähr in d. Jhrb. f. Dogm. Bd. II. 367 flg.)

1) Kraft dieser abgeschlossenen Form trägt die Urkunde die Vermuthung der Vollständigkeit in sich. Dies äussert sich unter anderem in folgender Weise. Wird einem urkundlich vorliegenden Vertrag gegenüber behauptet, derselbe sei unter einer (nicht in die Urkunde aufgenommenen) Bedingung geschlossen, so erscheint diese Behauptung nicht mehr als ein modificirtes Leugnen des Vertragsabschlusses (S. 123 Note 3), sondern als eine Einrede, welche der, der sie vorbringt, zu beweisen hat. Seuffert VI. 19 IX. 223. XVI. 255. (Dagegen processualisch verfehlt XVII. 162.) Ausnahmsweise kann sich die Urkunde jener Abgeschlossenheit entäussern, indem sie auf etwas ausser ihr Liegendes Bezug nimmt; wir sagen dann, sie sei ein „referens sine relato,“ das „nichts beweise“.

recht eigentlich als die moderne Stipulation und Acceptilation [2]) bezeichnen. [3])

Der dargestellte Vertrag wird aber durch die Urkunde nicht allein begründet, sondern auch bewiesen; und zwar kommen bei diesem Beweise der Urkunde zwei wichtige Rechtsvermuthungen zu statten:

1) die Namensunterschrift begründet die Vermuthung für die Einwilligung in alles dasjenige, was sich ordnungsmässig im Context der Urkunde geschrieben findet;

2) der Besitz der Urkunde auf Seiten des Berechtigten begründet die Vermuthung, dass sie diesem mit Wissen und Willen des Ausstellers zu Händen gekommen sei.

Demgemäss pflegt sich der ganze Beweis des Beurkundungsvertrags auf die Aechtheit der Namensunterschrift zu concentriren. Steht diese durch Geständniss oder gerichtliche Beglaubigung fest, so bildet die Schuldurkunde einen völlig liquiden Verpflichtungsact.

Neben dieser verpflichtenden Kraft kommt der Urkunde allerdings auch eine beweisende Kraft für das materielle Verhältniss nach Massgabe ihres Inhaltes zu. Aber diese wirkt minder stark, entscheidend und allgemein, und pflegt nur subsidiär von Bedeutung zu werden.

Es ist oben gezeigt worden, wie im classischen römischen Recht der Schuldschein nur eine beweisende Kraft haben konnte; wie er sich aber im Laufe der Zeit immer mehr zu einem formellen Verpflichtungsacte erhob. Die Erkenntniss dieses Entwickelungsganges ist sehr geeignet, für die heutige Bedeutung der Schuldurkunde einen Fingerzeig abzugeben. Aber auch ohne denselben würde für den heutigen Schuldschein jene stärkere Bedeutung behauptet werden müssen als die nothwendige Folge der Klagbarkeit aller Verträge. Ob man den durch die Urkunde dargestellten Vertrag als „Literalvertrag" bezeichnen will, ist gleichgültig. Nur rede man nicht von einem constitutum. Wer einen Schuldschein ausstellt, will den Gläubiger rechtlich gerade so sicher stellen, als ob derselbe bereits Zahlung empfangen hätte. Er will ihn also der ächten Anerkennung theilhaftig machen; und dazu war das constitutum nicht fähig.

Dass zur classischen Zeit die einfache Quittung ebenfalls nicht die Bedeutung der Acceptilation haben konnte, ergiebt sich von selbst. Einen sprechenden Ausdruck hierfür enthält die l. 19 §. 1 de accept. [4]) Fragen

2) v. d. Pfordten (Abhandl. S. 300) erkennt der Quittung die Natur der Acceptilation zu. Warum hiernach nicht auch dem Schuldschein die Natur der Stipulation?

3) Jedoch wird man annehmen müssen, dass dieselben stets nur accessorisch dem materiellen Verhältniss hinzutreten, auch in den Fällen, wo der Urkunde keine ächte causa praecedens zu Grunde liegt (§. 62). Der Satz: id agitur, ut sola stipulatio teneat, entspricht bei der Schuldurkunde nicht mehr unserer Rechtsauffassung, sowie er auch wahrscheinlich schon zu Justinians Zeiten nicht mehr galt (S. 45). (Eine Annäherung an jene röm. Lehre enthält jedoch wiederum der Satz der Praxis, dass ein Rechtsgeschäft, über welches eine Urkunde vorhanden, nur durch diese Urkunde „zu beweisen" sei.)

4) Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit. (Auf dem nämlichen Gegensatze beruhen c. 6 u. 13 de solut. 8, 43.)

könnte man aber, warum, wenn die obige Auffassung richtig, der einfachen Quittung nicht wenigstens die Bedeutung eines pactum de non petendo beigelegt worden sei? Hierauf dürfte Folgendes zu erwidern sein. Die meisten Quittungen pflegen in gleichzeitigem Austausch mit der Zahlung ausgestellt zu werden. Hätte man nun solche Quittungen als pactum de non petendo behandelt, so würde doch dem Kläger die replica doli (non numeratae pecuniae) dagegen zugestanden und den Inhaber der Quittung genöthigt haben, den Beweis der wirklichen Zahlung zu erbringen. Da nun auch die exc. n. n. pec. zur classischen Zeit noch an keine Frist gebunden war, so würde die Behandlung jener Quittungen als pactum d. n. p. materiell völlig bedeutungslos gewesen sein, worin ohne Zweifel genügender Grund lag, von einer solchen Behandlung ganz abzustehen. Was die Quittungen ex causa praecedente betrifft, so war, zufolge der starken Beweiskraft der Urkunden, auch bei diesen ein praktisches Bedürfniss, dieselben als pactum zu behandeln, nicht immer, sondern vornehmlich nur da vorhanden, wo die Quittung nicht schon als Zeugniss der (ipso jure wirkenden) materiellen Erledigung der Obligation Sicherheit gewährte. Dass aber in solchen Fällen die Quittung auch als pactum de non petendo geltend gemacht werden konnte: dafür zeugen die oben (S. 93) erwähnten Formen des pactum d. n. p., welche nichts weiter als allgemein gehaltene Quittungen sind; dafür zeugt der Umstand, dass nach c. 14 de solut. (8, 43) der schriftlichen Zahlungsbescheinigung eine stärkere Beweiskraft als der Rückgabe des Schuldscheins beigemessen wird, während doch letztere schon als pactum d. n. p. galt; dafür zeugt ferner die c. 21 eod.,[5]) wonach die vereinbarte Quittung eines grösseren als des empfangenen Betrags die Nachforderung ausschliesst; dafür zeugt endlich die Analogie des legatum liberationis, welches in der testamentarischen Erklärung, „dass die Schuld bezahlt sei", gefunden wird. Denn die in c. 1 de falsa causa adjecta (S. 164) entwickelte Argumentation, dass nach einer solchen Erklärung entweder die Schuld wirklich bezahlt sei, oder doch der Testator dieselbe als bezahlt gelten lassen wolle, passt auf das vollkommenste auch für die Quittung.[5a])

§. 60.

Schuldschein und Quittung (Fortsetzung).

Mit der dargestellten Vertragsnatur von Schuldschein und Quittung steht eine Anzahl fast allgemein anerkannter Sätze in innigstem Zusammenhang, deren Betrachtung deshalb auch sehr geeignet ist, die gewonnene Anschauung zu befestigen.

5) Interest multum, utrumne spe futurae numerationis suscepisse te, quod instrumento continetur, scripsisti, an accepta minore quantitate, tantum, quantum lectio probat, in scriptura conferri placuit. Nam superiore quidem casu residui petitio debiti manet integra: posteriore vero consensu transactionis finitis stare convenit.

5a) In Vorstehendem widerlegen sich auch die Bedenken, durch welche Windscheid (Pandekten §. 284a Note 7) sich behindert gefunden hat, seinem natürlichen Sinne zu folgen.

1) Man sagt: eine Urkunde beweist nur dann, wenn sie mit der Namensunterschrift des Ausstellers versehen ist. Natürlich, weil in der Regel [1]) erst die Unterschrift das Kennzeichen des vollendeten Willens abgiebt. Handelt es sich um eine Urkunde, die nur in ihrer natürlichen Beweiskraft Bedeutung übt (z. B. ein Tagebuch des Schuldners, worin dieser die Schuld zu seiner eigenen Notiz eingezeichnet hat), so erscheint die Namensunterschrift gleichgültig.

2) Als Einrede wider die Beweiskraft einer Schuldurkunde wird die Nachweisung zugelassen, dass dieselbe wider Wissen und Willen des Ausstellers dem Besitzer zu Händen gekommen sei. [2]) Dieser Beweis hat keine andere Bedeutung, als dass dadurch der Beurkundungsvertrag, welcher nur durch bewusste Hingabe der Urkunde sich vollendet, verneint wird. [3]) Steht eine Urkunde in Frage, die nur als eigentliches Beweismittel wirkt (wie z. B. ein Brief an einen Dritten, worin der Schuldner seine Schuld erwähnt), so verliert jener Einwand alle Bedeutung.

3) Die Beweiskraft der Schuldurkunde wird abhängig erachtet von der Dispositionsfähigkeit des Ausstellers, und es begründet daher z. B. eine Einrede gegen die Urkunde, dass der Aussteller noch minderjährig gewesen sei. Auch dieser Einwand ist zunächst gegen die Vertragsnatur der Urkunde gerichtet; seiner Richtigkeit ungeachtet kann die natürliche Glaubwürdigkeit der Urkunde bedeutend sein. In gleicher Weise wird der Beurkundungsvertrag angegriffen, wenn gegen die Urkunde die Einrede des Zwangs oder der Simulation erhoben wird.

4) Man stellt ferner den Satz auf, dass der Producent einer Urkunde deren Inhalt auch gegen sich gelten lassen müsse. Dieser nur in gewisser Beschränkung richtige [4]) Satz läuft seiner wahren Bedeutung nach darauf hinaus, dass ein einheitlich proponirter Vertrag auch nur seinem ganzen Inhalte nach angenommen oder abgelehnt werden kann, und dass deshalb derjenige, welcher eine Schuldurkunde producirt, um seinen Anspruch darauf zu gründen, auch die darin enthaltenen Modificationen der Verpflichtung (z. B. Befristungen der Zahlung etc.) sich gefallen lassen muss. Soweit dagegen der Urkunde die Natur einer

1) Ausnahmsweise wird eine Urkunde auch ohne Namensunterschrift verpflichten, z. B. eine in Erfüllung der Verbindlichkeit zur Rechnungsablage dem Geschäftsherrn übergebene Rechnung. Nur wird es in einem solchen Falle immer noch besonders erkennbar sein müssen, dass die Urkunde in verpflichtender Absicht übergeben sei.

2) Vergl. Seuffert II. Nr. 234. (In gleicher Weise wird das in der Rückgabe des Schuldscheins liegende pactum de non petendo ausgeschlossen, wenn der Schuldschein gegen den Willen des Gläubigers an den Schuldner zurückgelangt ist. c. 15 de solut. 8, 43.)

3) Eine andere Frage ist es, ob nicht der Aussteller auch aus der ohne seinen Willen abhanden gekommenen Urkunde dem gutgläubigen Empfänger aus dem Gesichtspunkt zu haften habe, dass das Abhandenkommen ihm zur Last zu setzen ist. Für die Bejahung dieser Frage lassen sich ähnliche Rücksichten geltend machen, wie für den Satz, dass auch das erloschene Mandat für den gutgläubigen Dritten in gewissen Beziehungen als fortbestehend angesehen wird.

4) Heise u. Cropp Abh. I. S. 113 flg. Gerau in Linde's Ztschr. XX. S. 77 flg. Seuffert IV. Nr. 173.

einheitlichen Proposition nicht zukommt, [5]) oder dieselbe nur in ihrer natürlichen Beweiskraft in Anspruch genommen wird, findet jener Satz keine Anwendung.

5) In keiner Beziehung tritt die Vertragsnatur der gedachten Urkunden stärker hervor, als in ihrer „Beweiskraft" gegen Dritte. Vornehmlich auf die Autorität Gensler's [6]) hat der Satz allgemeine Geltung erlangt: Urkunden beweisen auch wider Dritte, wenn sie einen Dispositionsact des Ausstellers enthalten. Zu diesen Dispositionsurkunden aber werden auch Schuldschein und Quittung gerechnet. [7]) Nur da hört jene Beweiskraft auf, wo die Wirksamkeit der Disposition dem Dritten gegenüber nicht blos von dem geeinigten Willen an sich, sondern noch von etwas Weiterem abhängt, [8]) z. B. davon, dass die Willenseinigung zu einer bestimmten Zeit stattgehabt habe. — Dieser ganzen Anschauung liegt die Vertragsnatur der Urkunden unabweislich zu Grunde. Die Urkunde „beweist" wider den Dritten, soweit sie als Vertrag zwischen Aussteller und Empfänger dem Dritten gegenüber wirkt.

6) Nach der Authent. si qua mulier soll eine von der Frau mit dem Ehemann gemeinschaftlich ausgestellte Schuldurkunde für jene unverbindlich sein, wenn nicht die Verwendung des Geldes in ihren Nutzen erwiesen wird. Diese Vorschrift, als Beweisregel gedacht, erscheint völlig unmotivirt. Erklärbar wird sie, sobald man in der Urkunde einen Verpflichtungsact erkennt. Wenn Eheleute zusammen contrahiren, so geschieht es präsumtiv für die gemeinsamen Zwecke der Ehe. Die Lasten der Ehe hat aber gesetzlich der Mann allein zu tragen. Die mit ihm zusammen contrahirende Frau erscheint also präsumtiv als eine solche, welche für eine fremde Schuld eintritt. [9]) Sie haftet daher nicht, wenn nicht jene Präsumtion durch den Beweis der Nutzverwendung in das Sondervermögen der Frau widerlegt wird. — Diese Auffassung ergiebt, dass jene Regel auch da eintreten muss, wo z. B. Mann und Frau ohne Urkunde ein Darlehn gemeinschaftlich empfangen haben.

7) Der ganze Executivprocess beruht auf dem Gedanken einer formell verpflichtenden Kraft der Schuldurkunde. Hiervon wird unten (§. 64) noch weiter die Rede sein.

§. 61.

Schuldschein und Quittung (Fortsetzung).

Aus der dargestellten Natur der fraglichen Urkunden ergeben sich nun weiter folgende Sätze: der Schuldschein giebt einen selbständigen Klaggrund, die Quittung eine selbständige Einrede ab, processualisch verschieden von der Klage und Einrede aus dem materiellen Verhältniss, welches der Urkunde zu Grunde liegt, und mit

5) z. B. bei der Rechnungsstellung, S. 248 Note 9.
6) Arch. f. civ. Pr. II. S. 4 flg.
7) Leyser Med. Sp. 175 m. 4. Sp. 523 m. 6, 7. Seuffert III. Nr. 216, 225, 395, 397. V. 244. Gerau a. a. O. S. 94 flg., S. 102.
8) Seuffert III. Nr. 397. IV. 261.
9) l. 29 ad SC. Vell. 16, 1.

diesen in Concurrenz tretend. Die Ausstellung der Urkunde ist hiernach juristische Thatsache, und ihre Geltendmachung gehört, wenn anders die verpflichtende Kraft der Urkunde in Anspruch genommen wird, in das s. g. erste Verfahren. Auch kann der Gegner die Erklärung darauf und die Einreden wider die verpflichtende Kraft der Urkunde nicht in das Beweisverfahren verschieben. Wird die Ausstellung der Urkunde bestritten, so eignet sich dieselbe zum Gegenstand einer selbständigen Beweisauflage, worauf dann im Beweisverfahren die beweisenden Elemente der Urkunde (die Aechtheit der Unterschrift etc.) festzustellen sind. — Ist die Klage oder Einrede auf das materielle Verhältniss gegründet, auf die Urkunde dagegen erst im Beweisverfahren sich bezogen, so würde diese streng genommen nur in ihrer schwächeren, beweisenden Kraft beachtet werden dürfen; eine Berücksichtigung derselben als eines Verpflichtungsactes lässt sich alsdann nur aus dem Gesichtspunkt der probatio per aequipollens rechtfertigen.

Die Unabhängigkeit der auf die Urkunde gestützten Klage und Einrede von dem ursprünglichen Schuldgrunde ist jedoch keine vollkommene. Sie wird modificirt durch das Verhältniss materieller Einheit. Diese erweist sich bei dem Schuldschein darin, dass jede materielle Erledigung des Anspruchs beide Klagen beseitigt (S. 37), dass eine Uebertragung (Cession, Legat etc.) des Klagrechts aus dem einen Fundament auch die Klage in dem anderen in sich fasst, [1]) dass die eine Klage die Verjährung der anderen unterbricht. [2]) Sie erweist sich ferner in dem Einflusse, welchen das materielle Verhältniss auf das Recht aus der Urkunde übt; zunächst für dessen Auslegung, wofür die oben (§. 17) dargestellten Gesetze im Allgemeinen die Grundlage abzugeben geeignet sind; [3]) sodann aber für dessen Anfechtung.

Die Anfechtung des Schuldscheins kann zunächst darauf sich gründen, dass er über eine reprobirte Verbindlichkeit ausgestellt sei. Und zwar findet diese Anfechtung nicht allein da statt, wo das wissentlich Gezahlte zurückgefordert werden kann (z. B. verbotene Zinsen), sondern auch schon in denjenigen Verhältnissen, wo die Stipulation, in Gegensatz zu der Zahlung, der Anfechtung unterlag (SC. Vellejanum und Macedonianum, beiderseitige turpis causa; vergl. §. 24). Die Frage, in welcher processualischen Form diese Anfechtung zur Geltung komme, entscheidet sich danach, ob schon der Inhalt der Urkunde die causa als reprobirt erkennen lässt oder nicht. Im ersteren Falle ist dieselbe von selbst für unwirksam zu halten, sollte auch römisch-rechtlich nur eine exceptio stattgefunden haben. Im letzteren Fall muss die reprobirte causa im Wege der Einrede geltend gemacht werden, sollte auch das römische Recht von einer ipso jure begründeten Ungültigkeit reden.

1) arg. l, 76 §. 3 de leg. II.

2) arg. c. 3 de ann. exc. 7, 40.

3) Auch die l. 99 de V. O. wird zur Anwendung kommen dürfen, wenn — wie dies häufig geschieht — die Urkunde von dem Gläubiger concipirt und vom Schuldner nur unterschrieben ist.

Die wichtigste Anfechtung findet statt wegen objectiven Mangels der causa. [3a]) Sehen wir ab von der besonderen Anfechtung durch die exc. n. n. pec. (vergl. §. 62), so kann jene Anfechtung nur in der Art erfolgen, dass die irrthümliche Unterstellung der Schuld nach den Grundsätzen der condictio indebiti dargethan wird. Die hierin liegende Erschwerung bezieht sich nicht allein auf das Bestreiten der die Schuld begründenden Thatsachen, sondern auch auf das Vorbringen von Einreden. Wenn ich bescheinige, „im verflossenen Jahre für 100 Thlr. Weizen erkauft und empfangen zu haben,“ so bin ich nicht allein mit dem Leugnen des Kaufes, sondern auch mit der Behauptung, das Kaufgeld sei schon vor Ausstellung des Scheins bezahlt gewesen, bis zur Nachweisung eines Irrthums ausgeschlossen. Denn jeder Schuldschein trägt das Bekenntniss des Nochschuldigseins in sich, wenn nicht ausdrücklich ein: Vorbehalt gestellt sein sollte.

Zwei Exceptionen machen jedoch hiervon eine (mehr scheinbare, als wirkliche) Ausnahme:

1) die exceptio compensationis, indem sich diese jederzeit, auch der anerkannten Schuld gegenüber, neu reproducirt;

2) die s. g. exc. non adimpleti contractus. [4]) Nach dem oben (S. 73) bei der Stipulation gewonnenen Resultate werden wir dieselbe wohl auch der Schuldurkunde gegenüber zuzulassen haben. [5]) Vorausgesetzt wird dabei freilich, dass der Schuldschein nicht einen Verzicht auf die vorgängige Erfüllung des Vertrags oder eine Anerkennung geschehener Erfüllung ergiebt. [6]) Auch wird, wenn der Schuldschein nicht die Gegenforderung und deren Betrag erkennen lässt, der Verklagte zunächst darüber Beweis führen müssen. Dagegen wird der Kläger durch den Schuldschein, welcher blos eine Anerkennung der Schuld enthält, von dem Beweise der seinerseits geschehenen Vertragserfüllung nicht frei. [7])

3a) Es wird hier die causa als eine subjectiv feststehende vorausgesetzt. Natürlich ist auch eine Anfechtung der Urkunde aus dem Gesichtspunkt möglich, dass die darin angegebene causa simulirt sei. Alsdann muss die obige Anfechtung gegen die, zuvor zu erweisende, wahre causa sich richten.

4) Nicht auch die exc. non rite adimpl. contractus. Einreden aus Mängeln der verkauften Sache werden dem Schuldschein gegenüber nur zulässig sein, wenn sie noch zur Zeit der Ausstellung des Schuldscheins unbekannt waren.

5) Alciat. Responsa c. 6, 83. „Instrumenta quamvis habeant executionem paratam, tamen admittitur exc. rei non traditae.“ Vergl. auch Seuffert IX. 69.

6) Dies kann auch in der Fassung der Urkunde gefunden werden. Vergl. Ackermann Rechtssätze des OAG zu Dresden Nr. 56. Seuffert X. 107.

7) Rechtsfall: Ein Speculant L. beauftragte einen auswärtigen Banquier S., für ihn F. W. Nordbahn-Certificate anzukaufen, solche bei sich zu hinterlegen und die Einzahlungen darauf zu leisten. S. besorgte angeblich diese Aufträge, und L. erkannte die auf ihn gezogenen Saldi über die Ankaufspreise und Einzahlungen mehrfach als richtig an. Als im J. 1848 die Actien bedeutend fielen, verweigerte S. weitere Einzahlungen für L. zu leisten, und da auch L. dieselben nicht leisten konnte, so benachrichtigte S. den L., dass er die Actien im Courspreise für L.'s Rechnung verkauft habe. Den Mehrbetrag seiner angeblichen Auslagen klagte hierauf S. gegen L. ein. Dieser wandte ein, S. habe gar keine Actien jemals für ihn besessen. Nach den besonderen Verhältnissen des Falles musste dieser Einwand für rechtlich begründet gehalten werden, und es handelte sich nun um die Beweislast, in welcher Beziehung S. für sich geltend machte, dass er zunächst die anerkannten Saldi seiner Klage zu

Aus diesem Grunde sind Schuldscheine aus zweiseitigen Rechtsgeschäften, welche den Anspruch auf die Gegenleistung nicht als erledigt bescheinigen, zur Begründung des Executivprocesses nicht geeignet.

Endlich wird hier noch zu besprechen sein, in welchem Verhältniss die Klagen aus dem materiellen Schuldgrund und aus dem Schuldschein in Beziehung auf res judicata stehen. Ohne Zweifel steht der ersteren Klage res judicata entgegen, wenn die Klage aus dem Schuldschein wegen mangelnder causa praecedens zurückgewiesen ist; denn der gelieferte Beweis der Nichtschuld schliesst den Beweis der Schuld zwischen denselben Parteien aus. Dagegen begründet die Zurückweisung der materiellen Klage keine exc. rei judicatae der Urkunde gegenüber; [7a]) denn jener Ausspruch hat nur die Bedeutung, dass die Schuld nicht constire; was processualisch mit dem der Urkunde gegenüber zu erbringenden Beweise der Nichtschuld keineswegs identisch ist.

Für die Anfechtung der Quittung ex causa praecedente (d. h. in Anerkennung einer in bestimmter Vergangenheit liegenden Tilgung der Schuld oder einer zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung) gelten dieselben Grundsätze. In einer Beziehung wirkt dieselbe sogar noch stärker. Liegt nämlich der Quittung die Anerkennung einer reprobirten Gegenforderung zu Grunde, so wird die Anfechtung nur wirksam sein, wenn die Forderung dergestalt reprobirt ist, dass auch Gezahltes zurückgefordert werden kann; nicht aber auch in den Verhältnissen, wo nur die Stipulation anzufechten steht. Denn die Zulässigkeit dieser letzteren Anfechtung beruht auf dem favor defensionis, welcher bei der Quittung, wo der Anfechtende als Kläger auftreten müsste, nicht eintritt.

Die rein persönliche Natur der Anfechtung gewinnt noch eine besondere Bedeutung für die Quittirung hypothekarischer Forderungen. Durch diese erlischt nicht nur die Schuld, sondern auch das Pfandrecht. Ist nun der Quittirende in der Lage, die Quittung wegen Mangels der causa anzufechten, so kann er ohne Zweifel auch Wiederherstellung des Pfandrechts begehren; jedoch nicht dritten Personen gegenüber, welche inzwischen dingliche Rechte an dem Pfande erworben haben: [8]) es müsste denn gegen diese ebenfalls die exc. doli mittelst der

Grunde lege. Dass OG. zu C. erkannte: „Die Beweislast trifft den Kläger. Denn es muss angenommen werden, dass die vom Verklagten geschehene Anerkennung der Saldi keinenfalls unabhängig von der Voraussetzung des wirklichen Erwerbs der fraglichen Actien erfolgt sei, und dass durch dieselbe blos die Abschliessung der betreffenden Rechtsgeschäfte und die danach sich bestimmende Grösse der geschuldeten Summen, sowie die Richtigkeit der Berechnung, nicht aber auch die Erfüllung jener Rechtsgeschäfte als bewirkt habe festgestellt werden sollen." Das OAG aber drehte die Beweislast um: „weil in der Saldoziehung eine Abrechnung zn finden sei, diese aber einen selbständigen Klaggrund abgebe, neben welchem es einer speciellen Begründung und Beweisführung in Ansehung der ursprünglichen Schuldverhältnisse nicht bedürfe." — Die Entscheidung des OGerichts dürfte für richtig zu halten sein. Das OAG. hatte sich durch den Begriff der „Abrechnung" (den das OG. gar nicht verneint hatte) wohl zu weit führen lassen.

7a) arg. l. 93 §. 1 de leg. III.

8) Analog ist l. 1 §. 1 quib. mod. pign. 20, 6, wo bei einer Anfechtung eines Schulderlasses ex lege Cincia das Pfandrecht unabhängig davon für erloschen erklärt wird.

Nachweisung begründet werden können, dass sie bei ihrem Erwerb den materiellen Ungrund der Quittung gekannt haben, also in mala fide gewesen seien. [9]) Die Wichtigkeit dieses Resultats für das Währschaftswesen steht nicht zu verkennen.

§. 62.

Schuldschein und Quittung. Urkunden, welche der exceptio n. n. pec. unterliegen.

Schuldscheine und Quittungen, welche auf eine geschehene Realleistung (z. B. eine Geldzahlung) einfach Bezug nehmen, haben insofern eine zweideutige Natur, [1]) als erfahrungsmässig in dieser Weise auch Urkunden ausgestellt werden, bei welchen ein gleichzeitiger Austausch von Realleistung und Urkunde beabsichtigt war; unter diesen Umständen aber die Möglichkeit vorliegt, dass die Urkunde ausgehändigt, die Leistung aber nicht erfolgt sei. Jene Urkunden verfallen dadurch der exceptio n. n. pec., welche die verpflichtende Kraft der Urkunde nur zur Geltung kommen lässt, wenn zugleich der Beweis der Geldzahlung geführt wird. Da nun heutzutage Exceptionen, welche mit keiner Beweislast verbunden sind, von selbst zu berücksichtigen sind (S. 50 Note 12), so lässt sich das durch die Exception begründete Recht dahin bestimmen: bei einer solchen Urkunde ist die verpflichtende Kraft suspendirt; es kann auf sie eine Klage oder Einrede vorerst nicht gegründet werden; sie kommt vielmehr zunächst nur als Beweismittel über die materielle Begründung oder Tilgung der Schuld nach Massgabe ihres Inhalts in Betracht, und unterliegt als solches einfachem Gegenbeweise.

Aber die verpflichtende Kraft der Urkunde ist nicht vernichtet, sondern sie ruht nur. Sie lebt wieder auf nach Ablauf der bekannten Fristen, wenn nicht die Exception durch öffentliche Protestation perpetuirt ist. Sie lebt schon früher wieder auf, wenn die Schuld in einer Weise anerkannt wird, welche mit der Annahme noch zurückstehender materieller Begründung unvereinbar ist (S. 141). Von da an tritt die Urkunde ganz in die Reihe der übrigen Schuldurkunden ein, d. h. sie bildet einen, nur wegen irrthümlicher Voraussetzung einer causa praecedens anfechtbaren Verpflichtungsact. Diese letztere Anfechtung ist an keine Frist gebunden.

So die Wirkung der Exception, wie ich das römische Recht verstehen zu dürfen glaube. [2]) Die gemeine Lehre, welcher dieser Wirksamkeit zwei Perioden substituirte, in deren erster die Urkunde gar nichts beweist, während in der zweiten einfacher Gegenbeweis, namentlich auch

9) So erkannte das OG. zu C., als gegen eine Quittung, auf welche das Pfandrecht in dem öffentl. Hypoth. Buche gelöscht war, zum Nachtheil inzwischen eingetretener Hypothekargläubiger die exc. n. n. p. erhoben wurde; (Kleefeld z. S. Barlewin c. Blüse, 1850) — ein unwillkürlicher Uebergang zu den richtigen Grundsätzen.

1) Dies tritt namentlich hervor, wenn bescheinigt ist, „hiergegen“ oder „heute“ ein Darlehn etc. empfangen zu haben.

2) Die ausführliche Rechtfertigung s. im Anhang.

durch Eidesdelation, gestattet wird, [3]) soll hier nur noch von der praktischen Seite betrachtet werden.

Wie heillos der Zustand in jener ersten Periode ist, wie derselbe jeder natürlichen Rechtsauffassung widerspricht, darüber kann wohl kaum ein Streit sein. Viele Particulargesetzgebungen haben deshalb auch, nach Vorgang des Preussischen Landrechts, [4]) den fraglichen Urkunden sofortige Beweiskraft beigelegt. [5])

Dagegen hält man die Zulassung des unbeschränkten Gegenbeweises der zweiten Periode, mindestens legislatorisch, für gerechtfertigt. Das entgegenstehende römische Recht beseitigt man mit dem Vorwurf, dass ihm „die Idee eines Literalcontracts," ein „Formalismus" zu Grunde liege, der unserm feinerem Rechtsgefühle und dem Sinne des Volkes widerstreite. [6])

Ich will nicht davon reden, dass wer das Wort exceptio non numeratae pecuniae einer Urkunde gegenüber nur in den Mund nimmt, damit die Existenz eines Literalcontracts eben so bestimmt anerkennt, wie der von Schatten Redende die Existenz des Lichts. Ich will auch nicht von der Ueberhebung reden, welche die römischen Juristen an Feinheit des Rechtsgefühls und Sinn für materielles Recht zu übertreffen vermeint. Ich will nur zu schildern suchen, wie sich erfahrungsmässig jener Gegenbeweis gestaltet.

Darlehn pflegen nicht gegeben zu werden, damit der Empfänger das Geld bei sich niederlege, sondern regelmässig ist derselbe in der Lage, solches sofort wieder auszahlen zu müssen. Es sollen ältere Schulden abgetragen, Kauf- oder Erbgelder entrichtet, Handwerker damit bezahlt werden etc. Der Darleiher hat natürlich ein Interesse daran, dass diese Schulden, zumal wenn sie auf der ihm selbst verschriebenen Hypothek haften, mittelst des Darlehns wirklich getilgt werden. Er zahlt deshalb nicht an seinen Schuldner, sondern nach dessen Anweisung an die Gläubiger desselben. Vielleicht gehört er selbst zu diesen Gläubigern, und seine Forderungen sollen durch die Schuldverschreibung neu fundirt werden. Er rechnet dann mit dem Schuldner ab, und das Resultat der Abrechnung wird auf die Obligation als ausgezahlt angenommen. Sehr häufig kommt ferner folgendes Verhältniss vor: derjenige, welcher das Geld braucht, findet bei dem Darleiher keinen genügenden Credit; es übernimmt deshalb für ihn ein Anderer neben oder für ihn die Obligation. Die Frau tritt unter Verzichtleistung auf ihre Benefizien neben dem Manne, die Eltern treten für den Sohn, der Bruder für den Bruder als Darlehnsnehmer ein. Der Darleiher zahlt dann mit Einwilligung seines

3) Diese Praxis ist jedoch nicht allgemein; so schliesst die Praxis der Sächsischen Gerichte nach Ablauf der Frist jeden Gegenbeweis aus. Ackermann Rechtssätze aus Erk. des OAG. zu Dresden. N. F. I. S. 239. II. S. 160.

4) Th. I. Tit. 11. §. 732, 733. Desgl. Code civil Art. 1322—1326.

[5] Jetzt gilt dies zufolge Art. 295 des HGB. und §. 17 des EG. zur CPO. im deutschen Reiche allgemein.

6) Vergl. z. B. Schmidt, Krit. Jahrb. XXI. S. 38.

Schuldners das Geld an denjenigen aus, welcher eigentlich davon Gebrauch machen soll. Dieser pflegt auch wohl die Zinsen unmittelbar an den Gläubiger zu entrichten, so dass selbst eine spätere Anerkennung der Schuld durch den in der Urkunde genannten Schuldner nicht nachzuweisen steht. Endlich kommt es auch oftmals vor, dass der Gläubiger das Geld nicht selbst auszahlt, sondern die Auszahlung durch Andere bewirken lässt.

In allen diesen Fällen aber pflegt sich der Gläubiger mit der urkundlichen Erklärung seines Mitcontrahenten zu begnügen: „ein Darlehn baar und richtig erhalten zu haben". [7]) Eine Specialisirung der Art und Weise der Auszahlung in den Schuldschein aufzunehmen, hält Niemand für erforderlich, und übersteigt weit das gewöhnliche Mass der Geschäftsfertigkeit. Die meisten verstehen wohl, verwickelte Verhältnisse factisch zu ordnen, aber nicht urkundlich darzustellen; und auch wo das Gericht die Urkunden aufnimmt, würde der Versuch, dasselbe vollständig zu instruiren, so oft zu Missverständnissen führen, dass dadurch die Urkunden um nichts besser würden; abgesehen davon, dass sehr häufig bei Aufnahme der gerichtlichen Urkunde die Art und Weise der Auszahlung noch ungewiss ist und von allerhand Berechnungen etc. abhängt. So sind denn bei vielen Gerichten kaum andere Schuldverschreibungen zu erlangen, als über ein „baar ausgezahltes Darlehn".

In diese Verhältnisse fällt nun, wie ein Fluch, die Lehre von der exc. n. n. pec. Klagt der Gläubiger nach einiger Zeit, gestützt auf seine Urkunde, so setzt ihm ein chikanöser Schuldner jene Exceptiou entgegen, darauf gegründet, dass er vom Gläubiger kein Geld in die Hand bekommen habe, und dass ihn alles Uebrige nichts angehe. Die Eltern wollten nichts schuldig sein, weil ihr Sohn, die Frau, weil ihr Mann [8]) das Geld erhalten. Eine Anrechnung früherer Forderungen des Gläubigers, welche nach Uebereinkunft die Auszahlung vertrat, die Auszahlung des Geldes an Dritte im Auftrag des Schuldners oder durch Dritte im Namen des Gläubigers wird ignorirt und, wenn sie der Gläubiger vorbringt, geleugnet.

Der Gläubiger geräth hierdurch in die übelste Lage. Die Beweiskraft seiner Urkunde kann ihm nichts nützen; denn in dieser steht ja, dass er dem Schuldner ein Darlehn baar gezahlt habe; und dies ist

7) Beispiele bei Seuffert I. No. 335. III. 214. IV. 149. V. 20, 127, 314, VI. 262.

8) In einem Falle dieser Art verwarf jedoch das OAG. die exc. n. n. p.: „weil bei der gemeinschaftlichen Ausstellung des Schuldbekenntnisses durch beide Eheleute, zumal mit Rücksicht auf die ohne Beschränkung auf einen bestimmten Theil der Schuld geschehene Mitverpfändung einzelner der Ehefrau gehörigen Immobilien für das Darlehn und mit Rücksicht auf die Verzichtleistung der letzteren auf die aus der Auth. si qua mulier zu entnehmenden Rechtsbehelfe, der Ehemann als der principaliter verpflichtete, die Ehefrau aber nur als Intercedentin zu betrachten, und hiernach die an jenen geschehene Auszahlung des Darlehns auch für letztere als verpflichtend anzusehen sei, — wonach auch auf den Beweis darüber, dass die Schuldurkunde ohne der Verklagten Einwilligung der Klägerin ausgehändigt sei, nichts weiter ankomme, indem hierdurch eine für die Verklagte verbindliche Aushändigung der Urdunde durch deren Ehemann nicht ausgeschlossen erscheine." Besch. v. 1852 in S. Textor c. Lampert. Die ausgesprochenen Grundsätze sind die folgerichtige Anwendung der Auth. si qua mulier von ihrer Kehrseite.

nicht wahr. Entweder gesteht er nun ein, dass allerdings kein Geld von Hand zu Hand gegangen, behauptet aber, dass in anderer Weise die Schuld begründet sei; dann erkennt das Gericht den Beweis der exc. n. n. p. an sich für geführt und lässt nur noch den Gläubiger mit dem Beweis über die anderweitige Begründung der Schuld zu. [9]) Die Schuldurkunde aber, in Vertrauen auf welche er contrahirte, ist für ihn werthlos geworden. Oder der Gläubiger beharrt bei dem Inhalte seiner Urkunde; dann schiebt ihm der Schuldner den Eid darüber zu, dass er von ihm kein Geld ausbezahlt erhalten habe; und nun ist der Gläubiger genöthigt, entweder sein Capital einzubüssen, oder einen unwahren Eid zu leisten. Dass das kränkende Bewusstsein, sein gutes Recht verlieren zu sollen, ihn oftmals das letztere wählen lässt, wer möchte daran zweifeln?

Ebenso geht es mit Quittungen. Der Schuldner tritt seinem Gläubiger an Zahlungs Statt Grundstücke ab. Es wird ein Kaufbrief errichtet und darin der Preis als „bereits bezahlt“ quittirt. Nachher klagt der Käufer gleichwohl auf den Kaufschilling, stellt der Quittung die exc. n. n. p. entgegen, und der Käufer, welcher eingestehen muss, kein bares Geld gegeben zu haben, soll nun seine längst erledigten Forderungen compensando erweisen.

Geht man nun vollends so weit (wie z. B. Puchta [10]) lehrt), den Gegenbeweis schon dann als geführt zu betrachten, wenn nur der Verklagte beweisst, dass er zur Zeit der Ausstellung das Darlehn noch nicht „empfangen hatte“, dann werden durch die Exception bei weitem die meisten gerichtlichen Urkunden zu Grunde gehen, da auf diese in der Regel das Geld erst nach der Aufnahme (gegen Aushändigung der gerichtlichen Ausfertigung) gezahlt wird.

So bildet die exceptio n. n. pec. auch noch heutzutage ein „cavilationis obstaculum“ im vollen Sinne des Wortes, in ihrer ewigen Dauer aber einen Ruin des Credits, eine Schule des Meineids. [11])

Wer so die Verhältnisse kennen gelernt hat, der wird über die vermeintliche Billigkeit des „unbegrenzten Gegenbeweises“ ganz anders denken; der wird sie für ein Truggebilde theoretisirender Schwäche, dagegen die römische Ausschliessung der Exception nach Ablauf einer gewissen Frist für eine sehr weise Massregel zu halten geneigt sein. Eine Rückkehr zum römischen Recht in seiner dargestellten Reinheit würde sich daher m. E. sehr empfehlen. Ja man würde für gerichtliche Schuldverschreibungen die zweijährige Frist noch erheblich abkürzen können, wenn bei deren Aufnahme der Schuldner über den Bestand und die Bedeutung der Frist angemessen belehrt würde. [12])

9) Vergl. die in Note 7 cit. Rechtsfälle. — Pfeiffer pr. Ausf. II. S. 163 Note 7.

10) Vorles. II. S. 151. — Die Praxis pflegt eine Ausdehnung des Gegenbeweises auch auf die Zeit nach Ausstellung der Urkunde zu begehren. Damit ist aber allerdings das Gebiet des eigentlichen Gegenbeweises überschritten.

11) Ich kann versichern, dass die benutzten Beispiele nicht erfunden, sondern sämmtlich praktisch erlebt sind.

[12] Ich habe in meinem Gegenentwurf z. bürg. GBuch etwas modificirte Vorschläge gemacht. — Jedenfalls genügt nicht der Ausspruch des Gesetzes, dass die „Beweiskraft“ der Urkunden an eine Frist nicht gebunden sei. Denn es entsteht immer die Frage: was beweist die Urkunde? Den Bestand oder Nichtbestand der Schuld?

Wo aber eine solche Rückkehr zu der vollen römischen Strenge vorerst nicht thunlich erscheint, da möge sich die Praxis doch wenigstens bewusst werden, welche bedenkliche Natur jener von ihr geschaffene Gegenbeweis hat, und wie es gerade dem Volkssinne am wenigsten entspricht, denselben schon dann als geführt anzunehmen, wenn bewiesen ist, dass Geld von Hand zu Hand nicht gezahlt sei. Man gestatte dem Gläubiger darzulegen, welchergestalt, sei es durch Geldzahlung, oder in anderer Weise, die Obligation, materiell begründet sei, und begehre dann die Führung des Gegenbeweises über die Negative des so dargelegten Verhältnisses. Aber selbst eine solche Darlegung wird man nach längerer Zeit kaum noch begehren können. Wie vermag derjenige, welcher öfters Capitalien ausleiht, nach Jahren anzugeben, in welcher besonderen Weise das Geld ausgezahlt sei? Gerade deshalb lässt man sich ja Brief und Siegel geben, um die Einzelheiten des zu Grunde liegenden Verhältnisses vergessen zu dürfen. Der Gläubiger weiss nur, dass es mit der Forderung „seine Richtigkeit hat". Würde ihm daher nach längerer Zeit die exc. n. n. pec. der Eid zugeschoben, so möge man ihm gestatten, denselben dahin auszuschwören: „dass der Werth der Obligation dem Aussteller zugewendet sei". Allerdings verlassen diese Vorschläge die Natur eines eigentlichen Gegenbeweises wider die in der Urkunde bezeugte Thatsache der Geldzahlung; der gedachte Eid des Gläubigers sinkt fast zum Calumnieneide herab. Man erinnere sich aber nur, dass jede Begünstigung des Gläubigers in dieser Beziehung eine Wiederannäherung an den gesetzlichen Zustand und vor Allem eine Rückkehr zu demjenigen ist, was die wahrhaft anerkannten Lebensverhältnisse erheischen.

Endlich versäume man nicht, die exc. n. n. p. unnachsichtlich da abzuweisen, wo eine mit der Vertheidigung des Verklagten unvereinbare nachträgliche Anerkennung der Schuld namentlich durch Zins- oder Abschlagszahlung, vorliegt; und zwar selbst dann, wenn feststeht, dass das Geld nicht baar an den Schuldner gezahlt, also der thatsächliche Inhalt der Schuldverschreibung unwahr sei. [13])

§. 62a.

(Zusatz der zweiten Auflage.)

Schuldschein und Quittung. Der Darlehnsschein als reiner Schuldschein.

Bereits in dem vorigen §. ist des Falles gedacht, wo das „Darlehn" in der Weise als ausgezahlt angenommen wird, dass der Aussteller des Darlehnsscheins darauf eine eigene Schuld an dessen Empfänger in An-

Oder nur die in ihr bezeugte Geldzahlung? Die Gerichte sind nur allzu geneigt, das letzte anzunehmen.

13) So erkannte das OAG. in S. Caspari c. Hinkel (1854). Das OG. zu F. hatte angenommen, bei dem Zugeständniss des klagenden Gläubigers, dass das Geld nicht an den Verklagten, sondern an einen Dritten gezahlt, also die Schuldurkunde unwahr sei, bedürfe es zu deren Anfechtung keiner exc. n. n. p. und es sei deshalb auch die geschehene Zinszahlung des Verklagten (welche dieser aus „bäuerlicher Einfalt" an den Kläger geleistet haben wollte) ohne Einfluss. Demgemäss legte man dem Kläger Beweis

rechnung bringt, wo also in der That gar kein Geld, auch nicht durch oder an eine Mittelsperson, auf den Schein gezahlt wird, dieser vielmehr seine materielle causa nach Verabredung der Betheiligten lediglich einem bestehenden Rechtsverhältnisse entnimmt. Der Gebrauch, der auf diese Weise von dem Darlehnsschein gemacht wird, ist ein so häufiger und eigenthümlicher, dass er noch besondere Besprechung verdient.

In dem gedachten Falle sagt man gewöhnlich: die bestehende Schuld sei durch Novation in ein Darlehn verwandelt. Diese Ausdrucksweise ist eine unwahre, da niemals eine bestehende Schuld in eine andere materielle Schuld verwandelt werden kann, das Darlehn aber unzweifelhaft zu den materiellen Verträgen gehört. Vielmehr besteht das Charakteristische jenes Rechtsgeschäfts darin, dass hier eine abstracte Geldschuld geschaffen wird, für welche das Wort „Darlehn" nur den Namen hergiebt. Wo diese Geldschuld dazu dient, eine bereits bestehende Verbindlichkeit des Ausstellers abzulösen, da verhält sie sich allerdings zu dieser als Novation. Allein es ist dies nicht einmal der einzige Fall, wo von dem Darlehnsschein in gedachter Weise Gebrauch gemacht wird; derselbe kann vielmehr auch jede andere causa der Schuldconstituirung zur Grundlage nehmen. Auf diese Weise gewinnt der Darlehnsschein in unserem bürgerlichen Verkehr die Bedeutung eines reinen Schuldscheins [a]). Indem er nicht auf eine wirkliche, sondern fingirte Baarzahlung als causa Bezug nimmt, hinter welcher sich die wahre causa verbirgt, idendificirt er sich der Sache nach mit der cautio indiscreta, und tritt er dem Sola-Wechel nahe.

Der hier fragliche Gebrauch des Darlehnsscheins reicht bis in die classische röm. Zeit zurück. Ulpian sagt in l. 15 de R. C. (12, 1.):

Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati mihi pecuniam debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Erwägen wir, dass für diesen zweiten Fall Africanus, etwa zwei Menschenalter früher als Ulpian, in l. 34 pr. mandati (17, 1) die Entstehung einer pecunia credita verneint, indem er mit ächt-römischer Entrüstung ausruft: alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse; dass selbst noch Diocletian, um eben so viel später, in c. 6 si cert. petat. (4, 2) die nämliche Ansicht abweist; betrachten wir endlich die vorsichtige Ausdrucksweise der l. 15 cit. — recipiendum est — videatur —; so können wir nicht zweifeln, in dieser letzteren einen der jüngsten Fortschritte der classischen Zeit, vielleicht

auf, dass er das Geld im Auftrag des Verklagten an den Dritten gezahlt habe. Das OAG. erklärte diesen Beweis mit Rücksicht auf die vorliegende Zinszahlung für überflüssig, und verurtheilte den Verklagten ohne Weiteres, „da ein Irrthum, durch welchen der bewirkten Zinsenentrichtung der Charakter freiwilliger Anerkennung des Bestehens der eingeklagten Darlehnsschuld benommen werden könnte, nicht dargelegt sei."

a) Ich gebrauche diesen Ausdruck in gleichem Sinne, in welchem Windscheid (Pandekt. II. §. 364) den Begriff des „reinen Vertrags" in das System eingereiht hat.

nur von Ulpian vertreten,[1]) vor uns zu haben. Der Weg, auf welchem Ulpian zu diesem Fortschritte gelangte, ist offenbar. In gewisse Verhältnisse, bei welchen man aus der Leistung des Einen für einen Andern unmittelbare Rechte erwachsen lassen wollte, hatte man die Idee eines vermittelnden constitutum possessorium hineingetragen[2]). Diese Annahme hielt sich im Bereich einer, wenn auch vielleicht etwas kühnen, Interpretation, so lange noch bei der Manipulation eine wirkliche Geldsumme eine Rolle spielte, in deren Besitze der unter dem Namen constit. poss. begriffene Besitzwechsel vor sich gehen konnte. Wenn mein Schuldner in meinem Auftrage an einen Dritten zahlt, und hierdurch ein Darlehn wider diesen als mir erworben angenommen wird, so ist hier doch in dem gezahlten Gelde ein wirkliches Object vorhanden, welches in der Hand des zahlenden Schuldners erst in mein Eigenthum verwandelt und dann als solches an den Dritten übertragen gedacht werden kann. Um ein Aehnliches für den hier fraglichen Fall (in eadem persona) anzunehmen, müsste der Schuldner eine seiner Schuld entsprechende Geldsumme auf den Tisch legen oder wenigstens wirklich besitzen, um solche zuerst als Zahlung der Schuld (mittelst const. poss.) dem Gläubiger, und dann wieder als Darlehn (mittelst br. manu traditio) sich selbst zuzuwenden. Offenbar denkt aber Ulpian nicht daran, einen realen Geldbesitz als Erforderniss für seine Umwandlung der Schuld in ein creditum aufzustellen. Der von ihm angebahnte Fortschritt geht also in der That über das const. poss. hinaus. Es wird ein solches nicht mehr in das Geschäft hinein interpretirt, sondern fingirt; wofür als Rechtfertigung nur angeführt werden kann, dass ja auch schon jene Interpretation sachlich eine Unwahrheit sei; („quamvis meos nummos non acceperis“).

Betrachten wir nun die Wirkungen, welche Ulpian bei jenem Fortschritt als Zweck im Auge hatte, so sind es folgende. Der Gläubiger sollte ohne Zweifel aus dem verabredeten creditum die nämliche strenge Schuldklage erhalten, wie aus einem wirklich gezahlten, die condictio certi.[3]) Leugnete der Verklagte die Entstehung des Creditums, so hatte der Kläger allerdings solches zu beweisen. Es musste aber hierzu der Beweis genügen, dass dasselbe mittelst des (ideell zurückbezahlten) Schuldbetrags als ausgezahlt angenommen worden sei. Von dem wirklichen (objectiven) Bestand der früheren Schuld selbst war die Wirksamkeit dieser Uebereinkunft ebenso unabhängig, als wäre wirklich die Schuld bezahlt, das gezahlte Geld aber als Darlehn zurückgegeben worden. Diese Wirkungen sind genau die nämlichen, welche sich auch an die stipulatio debiti knüpfen.[4]) In Wahrheit gewährte also — wie Africanus ganz

1) Dafür sprechen auch noch zwei andere, gleichfalls von Ulpian herrührende Stellen; l. 3 §. 3 de SC. Maced. 14, 6 u. l. 40 qr. de. minor. 4, 4. Vergl. Salpius, Novation S. 325 flg.

2) Vergl. Savigny, Syst. IV. S. 595.

3) Vergl. Savigny, Syst. V. S. 609 flg.

4) In diesen Wirkungen liegt denn auch eine Art Verwandtschaft zwischen Darlehn und Stipulation. Mag es bedenklich sein, die Stipulation auf die Fiction eines Darlehns zurückzuführen (§. 6 N. 5), jedenfalls lässt sich umgekehrt sagen: ein fingirtes Darlehn ist eine Stipulation.

richtig fühlte — jene Annahme ein Mittel, durch nudum pactum die Wirkung einer novirenden Stipulation herbeizuführen. Die Form dieses nudum pactum wird aber regelmässig die Ausstellung einer Urkunde gewesen sein; so wie auch bei uns jene Umwandlung kaum anders, als mittelst eines Darlehnsscheins vorkommt. Auch Africanus redet in l. 34 cit. von einer „epistola emissa, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum.“ Der Sache nach wollte also Ulpian den über eine bestehende Schuld ausgestellten Darlehnsschein zum Formalcontract erheben.

Im heutigen Verkehr hat nun — sei es mit oder ohne Einfluss jener von Ulpian angebahnten Anschauung — die nämliche Form als Mittel zur Constituirung einer abstracten Geldschuld um so unabweislicher Eingang gefunden, als uns die den Römern für diesen Zweck in erster Linie zu Gebot stehende Form der Stipulation gänzlich fehlt, auch keine andere, die Sache in ihrer abstracten Natur bezeichnende Ausdrucksweise uns geläufig ist. Dieselbe Unwahrheit, welche Ulpian benutzte, um die ausschliessliche Herrschaft der Stipulationsform zu brechen, benutzen wir, um den Mangel dieser Form zu ersetzen. „Ich habe so und so viel als Darlehn empfangen“ ist deshalb in unserer Urkundensprache ein ganz gewöhnlicher Ausdruck für: „ich will so und so viel Geld schuldig sein“. Er bedeutet eine vollendete Schuld, eine Stipulation mit erledigter causa, einen Wechsel mit der Bescheinigung „Valuta erhalten“. Zahlreiche Beispiele liefert hierfür der tägliche Verkehr. [5]) Ein merkwürdiger Fall findet sich mitgetheilt bei Seuffert V Nr. 127, wo ein Gesellschafter dem andern einen Darlehnsschein ausstellt lediglich zu dem Zweck, dass dieser ihn weiter cedire und den Cessionspreis als Einlage in die Gesellschaftskasse behalte. Hier wurde also durch den Darlehnsschein ein ganz neues, rein formales Schuldverhältniss geschaffen. Und in einem ähnlichen Falle (das. XIX. Nr. 26) wurde die exc. n. n. pec. verworfen, obwohl feststand, dass die Schuldnerin auf den Darlehnsschein nichts bezahlt erhalten. Häufiger noch wird ein Darlehnsschein über eine bereits bestehende Schuld ausgestellt, sei es nun von einem Dritten, welcher durch solchen in das Schuldverhältniss eintritt, sei es von dem Schuldner selbst, welcher dadurch seine Schuld erneuert. In der Bezeichnung des Schuldgrunds als „Darlehn“ liegt alsdann ohne Zweifel die Absicht ausgesprochen, dass der frühere Schuldgrund beseitigt sein solle. So bildet die Ausstellung eines Darlehnsscheines bei uns eine Form der eigentlichen (s. g. privativen) Novation, und zwar für die novatio inter easdem personas (neben dem Wechsel, welcher ebenfalls zu diesem Zweck gebraucht wird), fast die ausschliessliche, dem heutigen Verkehr geläufige Form dieses Rechtsgeschäfts. [6]) Der Begriff der

5) Vergl. Seuffert S. 271 Nr. 7 cit. u. ferner XIII. 17. XVI. 255. XVII. 236.

6) Eine andere Form zeigt der Rechtsfall S. 100 Nr. 26. — Es wäre recht zu wünschen, dass alle Diejenigen, welche von Novation als einem praktischen Begriffe handeln und dafür Rechtssätze aufstellen (z. B. „die Novation sei heutzutage ein materieller Vertrag“ etc. etc.), stets darlegen wollten, in welchen concreten Erscheinungen des heutigen Verkehrs sie denn eigentlich eine Novation erkennten, und wie sich an diesen ihre Lehren praktisch erwiesen. Es würde dann leichter sein, sich

Novation ist aber noch immer der nämliche, wie im röm. Recht: Vernichtung einer Obligation mittelst Verwandlung in eine Formal-Obligation. Der Darlehnsschein ist in diesen Fällen nichts Anderes, als eine stipulatio debiti, ein abstractes Schuldversprechen, welches von dem einfachsten, analoge Wirkungen erzeugenden, materiellen Rechtsgeschäft nur den Namen erborgt. In ein wirkliches Darlehn kann eine bestehende Schuld so wenig verwandelt werden, als in irgend eine andere materielle Schuld. Mag daher das Leben mit dem Wort „Darlehn" sich helfen; die Wissenschaft sollte sich mit dem Begriff „Darlehn" nicht täuschen.

Uebrigens ist diese Auffassung des Darlehnsscheins als eines an die bestehende Schuld sich unmittelbar anknüpfenden formalen Schuldversprechens nicht ohne praktische Bedeutung. Wenn eine Frau die Schuld eines Andern durch Ausstellung eines Darlehnsscheins übernimmt, so würde, wenn danach das Geld als wirklich an den Gläubiger gezahlt und von diesem wieder dargeliehen anzusehen wäre, das SCum Vellejanum, welches ja geleistete Zahlungen nicht berührt, unanwendbar sein. In diesem Sinne hat aber gewiss Ulpian seine Fiction der Hin- und Herzahlung nicht aufstellen wollen. Das SCum Vellej. muss hier ebenso anwendbar bleiben, wie das SCum Macedonianum nicht dadurch anwendbar wird, dass der Haussohn eine bestehende Schuld in der Form eines Darlehnsscheins erneuert. 7) Der Anfechtung ex SCo Vellej. steht die ob turpem causam in dieser Beziehung gleich.

Die nämliche Bedeutung, welche für die formale Begründung von Schuldverhältnissen der Darlehnsschein, übt für die formale Erledigung von solchen die auf „Baarempfang" gestellte Quittung. Auch diese urkundliche Erklärung bezeichnet nach dem geschäftsüblichen Sprachgebrauch fast eben so oft, wie einen wirklichen, einen nur fingirten Empfang, ein „acceptum fero", eine blosse quietatio. Die Berechtigung einer solchen formalen Erledigungserklärung erkennt die Praxis selbst an, indem sie in gewissen Rechtsverhältnissen, wo sich der Anspruch gar nicht auf eine bestimmte Summe abschliesst, eine allgemeine Quittirung unter dem Namen „Decharge" zulässt. Aber auch auf diesem Gebiet lässt man sich nicht selten, statt von Begriffen, von blossen Worten beherrschen.

Je vielfältiger nun Darlehnsschein und Empfangsquittung im Sinne rein formaler Acte zur Begründung oder Erledigung einer Schuld gebraucht werden, um so mehr scheint es als Bedürfniss, durch zeitliche Begrenzung der exc. n. n. pec. einen Zustand herbeizuführen, wo jenen Urkunden nicht mehr einfach mit dem Beweise, dass die darin bezeugte Baarzahlung nicht erfolgt sei, zu begegnen steht. Ist hierdurch der Aussteller erst einmal auf das Gebiet der exceptio indebiti zurückgedrängt, dann wird zum Zweck einer Anfechtung der Urkunde er regelmässig genöthigt sein, mit Angabe des Sachverhalts, welcher der Ausstellung zu Grunde liegt, herauszugehen, und hierdurch erst gewinnt der Inhaber der Urkunde

über ihre Ansichten zu verständigen; während man sonst stets Gefahr läuft, nur über Worte ohne reale Begriffe zu streiten.

7) l. 3 §. 3 de SCo. Mac. 14, 6.

die processualisch günstigere Lage, welche ihm durch deren Ausstellung wirklich zu Theil werden sollte.

§. 63.

Schuldschein und Quittung. Cautio indiscreta.

Bisher haben wir vorausgesetzt, dass die Schuldurkunde selbst eine ihr zu Grunde liegende causa angebe. Wie nun, wenn sie darüber schweigt, wenn sie nur die Erklärung enthält, dem benannten Inhaber so und so viel schuldig geworden oder verblieben zu sein? Ich glaube auch diese Urkunde für wirksam halten zu dürfen, freilich nicht als Beweismittel einer bestimmten materiellen Verbindlichkeit, aber als abstracten Verpflichtungsact, welcher so lange bindet, als nicht einredeweise der Mangel der causa dargelegt wird.

Es ergiebt sich diese Annahme schon als Consequenz aus der Lehre, dass eine Urkunde mit ausgedrückter causa praecedens nur durch Darlegung des Irrthums anzufechten steht; denn sonst müsste ja stets einfacher Gegenbeweis zu deren Beseitigung genügen, da sie schon durch diesen auf den Standpunkt der cautio indiscreta versetzt wird.

Es ergiebt sich ferner diese Annahme aus der im vorigen Paragraph dargestellten Wirksamkeit des Darlehnsscheins als reinen Schuldscheines. Denn dieser Darlehnsschein ist nichts anderes, als eine verdeckte cautio indiscreta.

Gleichwohl geht die gemeine Lehre dahin, dass ein indiscreter Schuldschein nichts beweise. Die Grundlage dieser Lehre bildet die l. 25 §. 4 de probat. [1]) Die Gründe, aus welchen dieser Stelle kein entscheidender Einfluss beigemessen werden kann, sind oben ausgeführt (§. 38). Selbst wenn aber auch dafür zu halten wäre, dass römisch-rechtlich einem nackten Stipulationsversprechen die exc. doli mit der Wirkung habe entgegengesetzt werden können, dass der Stipulant erst die causa stipulationis habe erweisen müssen, so würde dies doch auf den indiscreten Schuldschein insofern nicht passen, als derselbe in der That mehr als ein bloses Zahlungsversprechen ist, indem er nämlich auf eine vorausgegangene oder wenigstens gleichzeitig erledigte causa hinweist, mag diese bestanden haben, worin sie wolle. Denn die Erklärung „schuldig zu sein" lässt sich nach der heutigen Auffassung dieses Begriffs nicht als Ausdruck eines Zahlungsversprechens, dessen Grundlage noch eintreten solle, betrachten, sie trägt vielmehr die Bescheinigung der erledigten causa in sich. An was für eine causa hierbei gedacht sei, muss zunächst

1) Vergl. S. 115. — Lediglich eine Wiederholung dieser Pandektenstellen enthält c. 14 X. de fide instr. 2, 22, welchem daher auch eine selbständige wissenschaftliche Bedeutung nicht beizulegen steht. — Man hat auch die gemeine Lehre auf die älteren deutschen Gesetze zurückzuführen versucht (Schmid in d. Krit. Jahrb. X. S. 891 flg.), ein Versuch, welcher, den harmlosen Aussprüchen jener Gesetze gegenüber, fast mehr als gewagt erscheint. Wenn z. B. der Richtsteig des Landrechts c. 6 anordnet, der Beklagte solle dem Kläger auf Befragen sagen, „von welcher Sache er ihm schuldig sei," so ist damit gar nichts entschieden, da es sich gerade fragt, ob nicht der Schuldschein an sich als formelle causa debendi genüge.

von Demjenigen, der den Schuldschein anficht, dargelegt (S. 118) und sodann deren irrthümliche Unterstellung bewiesen, oder wenigstens, so weit die exc. n. n. pec. zulässig, wider deren objectiven Bestand Gegenbeweis geführt werden.

Man hat die l. 25 de prob., wie sie die gemeine Lehre versteht, vielfach rationell zu begründen gesucht. Die nächste Erklärung, dass die Urkunde nur Beweismittel einer materiellen Schuld sei, daher nichts beweise, wenn sie diese nicht angebe, [2]) findet in dem Vorausgegangenen ihre Widerlegung.

Man hat sodann gesagt, wenn die Urkunde keine causa angebe, so könne man nicht wissen, ob ihr überhaupt eine causa zu Grunde liege. [3]) Diese Ansicht beruht auf dem Irrthum, als ob es überhaupt unter vernünftigen Menschen abstracte Vermögensdispositionen geben könnte, welche subjectiv [4]) einer causa ermangeln (S. 8 u. 48). Ein Schuldschein, auch ein indiscreter, bei welchem die Betheiligten nicht gewusst hätten, warum sie ihn gäben oder empfingen, könnte nur das Product des Scherzes oder des Wahnsinns sein. Scherz und Wahnsinn werden aber niemals vermuthet; ihre Geltendmachung wird processualisch zur Einrede. [4a]) Die Schwäche jener Auffassung ergiebt sich vollends aus der Betrachtung analoger Verhältnisse: Wenn der Kläger in der Klagschrift sich selbst eine Gegenforderung ohne Angabe des Schuldgrundes absetzt, wenn der

2) Donell Comm. XIV. c. 37.

3) Puchta Pand. §. 257. Inst. §. 271. Es ist dies die nämliche Ansicht, welche die Erwähnung der causa nur für ein „formelles Erforderniss“ erklärt. S. o. S. 175 Votum 4.

4) Nur die subjective causa kann hier gemeint sein, denn der bewusste Mangel einer objectiven causa würde ja das Geschäft zur Schenkung machen.

4 a) Gleichwohl finden wir bei Salpius (Novation S. 502 flg.) wiederum die Ansicht, der Anerkennungsvertrag, welcher „kein Formalcontract, sondern ein materielles Rechtsgeschäft sei“, müsse die ältere Obligation, zu welcher er in Beziehung stehe, stets erkennen lassen. „Die blose Erklärung: ich bekenne 100 schuldig zu sein, oder: ich verspreche 100 zu zahlen, enthält noch keine Anerkennung, sondern es kommt darauf an, dass die neue Obligation durch Bezugnahme auf die frühere spezialisirt werde.“ „Die Parteien müssen über eine concrete, individuelle Obligation einig sein, welche in dem Schuldbekenntnisse fortleben soll;“ wobei es jedoch nicht nöthig sein soll, „dass das ganze Detail des ersten Obligationsfundaments recapitulirt werde“. — Ich möchte Salpius fragen, ob er wohl schon Menschen begegnet sei, von denen der Eine zu dem Andern gesagt habe: Ich stelle dir hier einen Schuldschein aus über 179 Thlr. 22 Sgr.; weshalb und wofür ich dir die schuldig bin, weiss ich noch nicht; darüber wollen wir uns dann einmal später verständigen!? — Ich meines Theils kenne solche Menschen nicht. Und wenn es deren in der That nicht giebt, so erübrigt sich auch das von S. aufgestellte Erforderniss einer „specialisirten Bezugnahme auf eine frühere Obligation“ dadurch, dass diese Bezugnahme, mag sie in der das Schuldbekenntniss enthaltenden Urkunde einen Ausdruck gefunden haben oder nicht, doch stets mit Nothwendigkeit vorgekommen sein muss, und deshalb auch keines Beweises bedarf; dass also eine blosse Erklärung: „ich bekenne 100 schuldig zu sein,“ in dem von S. als möglich unterstellten Sinne, d. h. ohne bewusste Bezugnahme auf irgend eine zwischen den Betheiligten spezialisirte Schuld, nur in den Fictionen der Juristen, niemals aber in Wirklichkeit existirt. Hier rächt sich das absprechende Urtheil, welches S. früher über den Satz von der psychologischen Nothwendigkeit der causa im subjectiven Sinne fällt (s. ob. S. 8 N. 4), und vielleicht auch die von ihm (S. 454) ausgesprochene Ablehnung, „die Ergebnisse seiner Untersuchung für den unmittelbaren Handwerksgebrauch der heutigen Praxis zurecht zu machen.“

Gläubiger seine Forderung ohne Angabe einer causa quittirt,[5]) wenn Jemand eine Cessionsurkunde ausstellt ohne Angabe des der Cession zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts,[6]) wenn der Assignat die Anweisung acceptirt, ohne dass die causa des Accepts (sein Verhältniss zum Assignanten) ersichtlich ist: wird man alle diese Erklärungen für bedeutungslos halten und einem willkürlichen Widerruf unterwerfen wollen?[6a])

Man hat ferner gesagt: jede Urkunde müsse doch einen festen Anhaltspunkt bieten, um die causa derselben als irrig anfechten zu können; da dies aber bei dem indiscreten Schuldschein rein unmöglich sei, so müsse hier der Inhaber die causa erweisen.[7]) Diese Ansicht geht von dem irrigen Gedanken aus, als ob der Aussteller eines Schuldscheins erst durch diesen erführe, warum er ihn ausgestellt habe. Dies weiss der Aussteller so gut als der Empfänger, und wenn er es nicht mehr weiss, so ist es seine eigne Schuld. Allerdings ist es für den Aussteller, welcher den Schuldschein anfechten will, vortheilhafter, wenn Letzterer die causa angiebt, weil sonst der Aussteller erst Beweis hierüber führen muss. Dass aber dieser Beweis eine Unmöglichkeit sei, lässt sich doch wahrlich nicht behaupten. Und eben so wenig liegt in der Nöthigung zu diesem Beweise eine Unbilligkeit. Denn der Aussteller hat sich ja, wahrscheinlich in der Ueberzeugung, dass er nie zu einer Anfechtung Veranlassung haben werde, freiwillig in jene Lage begeben, und es ist eine eigenthümliche Barmherzigkeit, ihn dieser Lage dadurch entreissen zu wollen, dass man den Schuldschein, wenn er nicht zugleich die Mittel zu seiner Anfechtung an die Hand giebt, ausser Wirksamkeit setzt, gleichsam als ob es Zweck und Bestimmung des Schuldscheins wäre, sich anfechten zu lassen.

Weiter hat man eingewendet: wenn der indiscrete Schuldschein wirksam sei, so laufe ja der Schuldner Gefahr, doppelt zahlen zu müssen, weil er sowohl aus dem Schuldschein, als aus dem materiellen Klaggrunde belangt werden könne.[8]) Ich halte diese Gefahr nicht für begründet, indem, wie ich glaube, der Inhaber eines indiscreten Schuldscheins sich gefallen lassen muss, dass ein von ihm behaupteter materieller Anspruch so lange mit dem Anspruch aus dem Schuldschein für identisch erachtet werde, als nicht das Gegentheil erhellt. Ich will dies durch Analogie der confessio in jure anschaulich zu machen suchen. Denken wir, A. begründet in einer Klage wider N. einen Anspruch auf 300 und

5) Auf Quittungen hat man die Grundsätze der caut. indisc. niemals ausgedehnt; die l. 40 pr. de pact. (S. 93) trat entgegen.

6) Vergl. Seuffert V. Nr. 150, 151. X. Nr. 36.

6a) Man kann auch noch folgenden analogen Fall heranziehen. Gesetzt, die Erben des A. vindicirten von N. ein Buch als Eigenthum ihres Erblassers; N. behauptete aber dasselbe von A. zum Eigenthum erhalten zu haben, und beriefe sich hierfür auf eine in das Buch eingeschriebene Erklärung des A. dahin lautend: „Dieses Buch übertrage ich hiermit meinem Freunde N. zum Eigenthum." Würde damit der Eigenthumsbeweis des N. geführt sein? Die Gegner würden consequent dies verneinen müssen, weil jene Erklärung die causa der Eigenthumsübertragung nicht ergiebt, und daher ganz den nämlichen Bedenken, wie die cautio indiscreta, unterliegt. Gleichwohl dürfte unzweifelhaft der Beweis geführt sein (vergl. oben S. 9).

7) Heise u. Cropp Abh. I. S. 359 flg.

8) Gett, Executivprocess S. 80.

sagt dann: „Da ich dem N. ebenfalls 100 schuldig bin, so setze ich den Klaganspruch auf 200 herab“. N. stellt dieser Klage eine Compensationseinrede entgegen, weil er dem A. 100 dargeliehen habe. A. sagt in der Replik, dies sei wahr, es seien aber diese 100 gerade die nämlichen, welche er sich selbst schon in der Klage abgesetzt habe. In der Duplik wird dies von N. geleugnet. Wie wird man diesen Fall beurtheilen? Ohne Zweifel wird man sagen müssen: A. hat das Recht, sein in der Klage abgegebenes Zugeständniss dahin zu erläutern, dass er dessen Grundlage mit der zur Compensation gebrachten Darlehnsforderung für identisch erklärt. N. kann sich deshalb nicht darauf beschränken, jene Identität zu leugnen; er muss vielmehr dem Zugeständniss des A. erst eine andere Grundlage verschaffen, ehe er daneben seinen Compensationsanspruch aus dem Darlehn durchbringen kann; m. a. W. er muss eine materielle Gegenforderung von 200 begründen. So lange dies nicht geschieht, muss zu Gunsten des Klägers angenommen werden, dass die von diesem zugestandene Gegenforderung mit der von N. begründeten Darlehnsforderung identisch sei. — Ganz die nämliche Natur, wie das Zugeständniss des A. in der Klage, würde aber auch ein von diesem ausgestellter indiscreter Schuldschein haben. Wenn daher A. 300 ohne Abzug eingeklagt hatte, N. aber hiergegen 100 aus einem solchen Schuldschein und nochmals 100 aus baarem Darlehn compensiren wollte, so würde auch hier A. mit der Behauptung der Identität beider bis zum Beweis des Gegentheils durchlangen. Die Zulässigkeit dieser Vertheidigung beruht auf der rein formellen Natur des indiscreten Schuldscheins, zufolge deren er nothwendig eine materielle causa voraussetzt, und daher kraft processualischer Vermuthung [9]) eine jede neben ihm geltend gemachte Schuld so lange absorbirt, als er nicht materiell gesättigt ist. — Es versteht sich, dass ganz dasselbe eintreten muss, wenn N. beide Ansprüche, statt compensando, klagend geltend machte. Auch hier würde erst bewiesen werden müssen, dass dem indiscreten Schuldschein eine andere causa, als das Darlehn, zu Grunde liege. [10]) Damit ist aber die jenseits behauptete Gefahr verschwunden.

Diese Betrachtung ergiebt übrigens, wie nicht allein der Schuldner, sondern in gewisser Hinsicht auch der Gläubiger ein Interesse dabei hat, dass der Schuldschein die causa bezeichne, und diese stillbewussten Interessen führen dahin, dass — auch abgesehen von dem Einflusse der herrschenden Doctrin — indiscrete Schuldscheine selten vorkommen.

Die bestrittene Lehre wird endlich darauf gegründet, dass man ja bei einem indiscreten Schuldschein nicht wissen könne, ob ihm ein erlaubtes Geschäft zu Grunde liege. Dieser Gesichtspunkt, welcher wohl keinenfalls der l. 25 de probat. beigemessen werden kann, versagt dem im Schuldscheine zu Tage tretenden abstracten Willen so lange die Wirksamkeit, als nicht bewiesen wird, dass derselbe sich auf erlaubter

9) „Pluralitas debitorum non praesumitur“. Vergl. Kritz in d. Ztschr. für Sächs. Rechtspfl. V. S. 495.

10) Diese Vermuthung tritt übrigens zurück, sobald die Umstände die Nicht-Identität annehmen lassen, z. B. wenn N. einen Schuldschein von früherem und eine Kaufgeldforderung von späterem Datum geltend machte.

Basis bewege; er stellt also die Präsumtion des Unerlaubten auf. Damit wäre die Schuldurkunde auf den Standpunkt zurückgeführt, welchem die Römer sie kaum mit Mühe entrungen haben: sie vermöchte nur als Zeugniss des in ihr bescheinigten erlaubten Rechtsgeschäftes zu wirken. Aber würde denn, jene Präsumtion einmal angenommen, dieses Zeugniss glaubhaft sein? Würde nicht, wenn der auf Verpflichtung gerichtete Wille an sich verdächtig ist, derselbe Verdacht auch das von jenem Willen dictirte Zeugniss treffen? Müsste man nicht bei jedem Schuldschein den Zweifel erheben, ob nicht die darin angegebene causa ein unerlaubtes Geschäft verstecke? Oder weiss man nicht, dass z. B. der Wucherer statt der unerlaubten Zinsen sich ein höheres Capital verschreiben zu lassen pflegt? — Selbst aber jenes Zeugniss als glaubhaft unterstellt, wie müsste dasselbe wohl beschaffen sein, um die Möglichkeit des Unerlaubten auszuschliessen? Woraus soll man entnehmen, ob der im Schuldschein bezeugte Fruchthandel nicht Früchte auf dem Halm betroffen, ob die bescheinigten Dienste nicht zu unmoralischen Zwecken geleistet sind, ob das beurkundete Darlehn nicht zu verbotenem Spiele gegeben sei? Müsste man nicht bei jedem Schuldschein einer Frau erst den Nachweis begehren, dass die Schuld nicht im Eintritt für einen Dritten contrahirt sei? — Man sieht hieraus, dass die gedachte Präsumtion, consequent angewendet, nicht allein den indiscreten Schuldschein vernichtet, sondern den Urkundenbeweis überhaupt zu entwurzeln bedroht. Vor Allem aber müsste man das Abrechnungsgeschäft und den Wechsel aus dem Rechtsleben verbannen; denn diese entziehen sich völlig jener Controle.

Bei Erwägung dieser Consequenzen wird man wohl geneigt sein, der umgekehrten Präsumtion Raum zu geben. Diese rechtfertigt sich in der That dadurch, dass erlaubte Geschäfte die Regel, unerlaubte aber nur vereinzelte Ausnahmen bilden. [11]) Sie rechtfertigt sich durch den Satz: quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium, von welchem sie nur eine objective Anwendung bildet. Zufolge dieser Grundsätze wird man dahin gelangen, den indiscreten Schuldschein so lange für wirksam zu halten, als nicht einredeweise dargelegt wird, dass ihm eine unerlaubte Obligation zu Grunde liege.

Nur eine Art prohibitiver Normen ist von so durchgreifender Natur, dass dadurch der Anerkennungsvertrag, nicht blos in seiner äussersten Spitze als indiscreter Schuldschein, sondern in allen seinen Formen einigermassen geschwächt wird. Es sind dies die Schenkungsverbote. Wir haben gesehen, dass die ächte Anerkennung auf die Fiction einer Schenkung zurückgeführt wird, dass das „donare voluisti" gleichsam die ultima ratio des widerruflichen indebite solutum oder promissum ist. Wenn nun gleich hierdurch dasselbe nicht immer zur wirklichen Schenkung wird: [12]) so muss doch da, wo der wirklichen Schenkung ein Verbot entgegensteht, stets der Zweifel sich geltend machen, ob nicht mittelst des Anerkennungsvertrages das Schenkungsverbot umgangen sei. Zur Beseitigung dieses Zweifels bedarf der Anerkennungsvertrag noch der

11) l. 64. 114 de R. C.
12) Cf. Glossa ad. l. 1 de donat.; Bartol. ad h. l.

materiellen Beweiskraft der Anerkennung dafür, dass demselben eine wirkliche Schuld — wenigstens subjectiv — zu Grunde liege. Diese Beweiskraft ist aber allerdings stärker, wo die causa durch ausdrückliche Bezeichnung speciell hervortritt, als da, wo sie sich in Dunkel hüllt und durch diese negative Erscheinung an die wirkliche Negation einer causa (S. 7) unwillkürlich erinnert. Gleichwohl wird hierbei weit mehr noch von der Gesammtheit der Umstände, als von der Specialität der Bescheinigung abhängen. Ein zwischen Kaufleuten auf 2000 Thlr. abgeschlossenes Saldo wird man als gültige Abrechnung behandeln, ohne dem Verdacht Raum zu geben, dass darunter eine der Insinuation bedürftige grosse Schenkung verborgen liege. Dagegen würde, wenn eine Ehefrau im Concurse ihres Mannes einen von diesem während der Ehe ausgestellten Schuldschein producirte, der Verdacht nahe liegen, dass hier eine zwischen Ehegatten verbotene Schenkung realisirt werden solle, und man wird unter Umständen dem Schuldschein Wirksamkeit versagen, selbst wenn darin ein specieller Schuldgrund angegeben sein sollte. [13])

Die nämliche Frage über die Wirksamkeit urkundlicher Erklärungen in Verhältnissen, wo die freie Disposition gehemmt ist, kann auch in anderen Beziehungen vorkommen. Die Intercession einer Frau ist ausnahmsweise gültig, wenn sie etwas dafür empfangen hat. Bescheinigt dieselbe nun einen solchen Empfang, in der Bürgschaftsurkunde, so kann diese Bescheinigung nicht als Willensact, sondern nur kraft ihrer materiellen Glaubwürdigkeit die Intercession aufrecht erhalten. Die Frage aber, wie weit diese Glaubhaftigkeit reiche, entscheidet Justinian dahin: [14]) omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse, et non esse ei ad SC. Vellejani auxilium regressum.

Dagegen erkannte das OAGericht zu Jena, der zur Beseitigung der exceptio SCi Macedon. dienende Beweis, dass der Vater in das Darlehn eingewilligt habe, werde durch die Erklärung des Sohnes in dem Schuldschein; „dass er in Auftrag und Vollmacht seines Vaters handle", nicht erbracht, „indem dieses Geständniss eine unzulässige Entsagung auf die Exception involvire." [15])

Man sieht aus diesen Beispielen, welche zweifelhafte Natur die Urkunden sofort annehmen, wenn das durchschlagende Willenselement aus ihnen hinwegfällt.

§. 64.

Schuldschein und Quittung. Dogmengeschichte.

Es wird für die dargestellte Bedeutung der Schuldurkunde nicht ohne Interesse sein, einen Blick auf die Dogmengeschichte zu werfen. Dieselbe wird zeigen, wie die hier bekämpften Ansichten entstanden sind, und wie vielfach man bereits denselben zu entgehen gerungen hat.

13) Einen Rechtsfall, wo eine Abrechnung wegen unterstellter Liberalität, welche dem Disponenten als Vormund nicht zustand, für unwirksam erklärt wurde, s. bei Pfeiffer VIII. S. 109 Nr. 23.

14) c. 23 ad SC. Vell. 4, 29.

15) Seuffert IV. Nr. 29.

Als im Mittelalter das Studium des römischen Rechts wieder auflebte, ging man davon aus, letzteres in seiner Gesammtheit als gültiges Recht zu behandeln. Wo aber die herrschenden Rechtsgewohnheiten widerstrebten, da entschloss man sich eher, denselben die römische Lehre anzupassen, als grundsätzlich von dieser abzuweichen. [1]) So wie man daher den Satz: nudum pactum obligationem non parit, als praktisch gültiges Recht lehrte, so legte man auch der Schuldurkunde nur die Bedeutung eines einfachen Beweismittels bei, wofür man sich auf die l. Publia i. f. (l. 26 §. 2 depos., S. 103) und ähnliche Stellen berief. Aber man wusste für die Schuldurkunde dadurch eine stärkere Bedeutung zu gewinnen, dass man sie in die Form eines vor dem Richter abgelegten Geständnisses einkleiden, und von diesem den Befehl, binnen gewisser Frist zu zahlen, (mandatum de solvendo executivum, praeceptum guarentigiae) entgegennehmen liess. [2]) Hierdurch hielt man sich für berechtigt, die Schuldurkunde als confessio in jure [3]) zu behandeln, mit der doppelten Wirkung, dass ihr Inhalt formelle Wahrheit begründe, und dass dieselbe paratam executionem nach sich ziehe. Dies war der Ausgangspunkt, von wo aus die italienische Praxis, eifrig unterstützt durch die Statuten der Städte, in der guarentigiirten Urkunde ein neues Rechtsgeschäft ausbildete, völlig der oben entwickelten Bedeutung der Schuldurkunde entsprechend. Bald begann man die confessio, statt vor dem ordentlichen Richter, vor dem das Instrument ausfertigenden Notar („judex chartularius“) abzulegen, welcher dann auch das mandatum de solvendo (praeceptum guarentigiae im engeren Sinne) ertheilte. Hiernächst sank auch das praeceptum guarentigiae immer mehr zu einer gedankenlosen Formel herab; die Wirksamkeit der Guarentigia ging auf alle öffentliche Urkunden, lediglich zufolge der in ihnen enthaltenen confessio („instrumenta confessionata“) über. [4]) Danach stand nur noch der letzte Uebergang, der von der öffentlichen zur Privaturkunde, zurück. „Nachdem man aber das Erforderniss der guarentigia aufgegeben hatte, nachdem man sich mehr und mehr bewusst geworden war, dass das Recht der paraten Execution doch eigentlich nur auf der Uebereinkunft der Parteien beruhe und jedenfalls per pactum contrahentium bestellt werden könne, so musste man von selbst darauf kommen, die Bestellung dieses Rechts auch in Privaturkunden zuzulassen, soweit dieselbe überhaupt zur Erwerbung vertragsmässiger Rechte für genügend erachtet wurden. In dieser Beziehung bestanden indessen mancherlei statutarrechtliche Beschränkungen; auch waren die in vielen Punkten confusen Ansichten der Theoretiker über die Wirksamkeit gerichtlicher Geständnisse und die Beweiskraft gemeiner Privaturkunden einer Ausdehnung des Rechts der

1) Briegleb, Gesch. des Exec. Processes. S. 17 flg. (Diese gründliche Schrift überhebt mich für die nächstfolgende Darstellung einer unmittelbaren Verweisung auf die Quellen.)

2) Das. S. 67.

3) Demgemäss finden wir bei den Schriftstellern des Mittelalters die Bedeutung der Anerkennung unter dem Schlagwort „confessio“ vorzugsweise in den Commentaren ad c. un. de confess. und ad c. 13 de n. n. pec. („l. generaliter“) erörtert.

4) Briegleb S. 115.

paraten Execution auf Privaturkunden nicht günstig; endlich war es überhaupt in früherer Zeit so allgemeine Sitte, sich des Notariats zu bedienen, der Gebrauch gemeiner Privaturkunden war so selten, dass schon deshalb die Frage, ob auch aus einer Privaturkunde parate Execution stattfinden könne, erst später entstehen konnte." [5]) — Seit dem fünfzehnten Jahrhundert wurden jedoch auch Privaturkunden zu den executorischen gerechnet. Schon früher hatte der Handelsstand in dem Wechsel eine seinen Zwecken entsprechende Schuldurkunde von entschieden obligatorischer Wirkung geschaffen.

Die an die Schuldurkunde geknüpfte parata executio bildete sich zum Executivprocess aus, welcher auch in Deutschland Eingang fand und bis heute angewendet wird. Der ursprünglich damit engverknüpfte Gedanke, dass die Schuldurkunde formelle Wahrheit bilde, ist dagegen dem heutigen Rechte fremd geworden; es hat sich die „unberechtigte" Idee eines „schleunigen Beweismittels" an dessen Stelle gedrängt. [6])

§. 65.

Schuldschein und Quittung. Dogmengeschichte der cautio indiscreta.

Die Lehre vom indiscreten Schuldschein war mit der im vorigen Paragraphen dargestellten Rechtsanschauung innig verflochten. Mit wenigen Ausnahmen waren die Glossatoren und ihre Nachfolger darüber einig, dass die confessio judicialis, (wozu man auch die gerichtliche und notarielle Schuldurkunde rechnete,) zu ihrer Verbindungskraft der Angabe einer causa nicht bedürfe. [1]) Für die confessio extrajudicialis dagegen, (unter welchem Begriff man alle aussergerichtlichen Bekenntnisse ohne Rücksicht auf ihre verschiedene rechtliche Natur zusammenwarf,) stellten sich die Ansichten im Allgemeinen ungünstiger. Gewöhnlich wird unterschieden, ob die confessio ad liberandum oder ad obligandum dienen solle; erstere sei auch sine causa wirksam (l. 40 de pact.), letztere nicht. Dieser Unterschied wird auf den vagen Satz zurückgeführt: quia favorabilior est causa liberationis, quam obligationis, wofür die l. Arrianus (l. 47 de O. et A.) citirt wird. [2]) — Zwar finden sich überall Anklänge an die hier vertretene Ansicht. Schon Azo stellte allgemein den Satz auf: quod stipulatio sine causa teneat, nisi probetur error. [3]) Auch von Anderen wurde die Stipulationslehre in voller Reinheit dargestellt. [4]) Dem aus l. 2 de doli

5) Das. S. 118.

6) Das. S. 63.

1) Glossa ad. l. 2 de doli exc.; ad. l. 1 de interr. act. Duranti Speculum juris II. Part. II de confess. §. 3. Jacobus Butrigarius, Cinus, Paulus Castrensis, sämmtlich ad l. generaliter und c. 1 de confess. Baldus ad c. 4 de rep. vel abst. heredit. u. v. A.

2) Glossa ad l. 2 de doli exc. Duranti Spec. l. c. Cinus ad l. gener. Bartolus ad l. 40 de pact.

3) Dies bezeugt Baldus ad l. gener.

4) Hier ist vor Allen der Praktiker Joannes de Blanosco zu nennen. Seine Ansicht (aus dem Commentar zu dem Inst. Titel de actionibus, beendet 1256) wird von Joannes Andreae in der Additio zu der Note 1 cit. Stelle von Duranti Spec. (ad voc. Similibus) dahin angegeben: Tenet, ex stipulatione sine alicujus causae expressione

exc. abgeleiteten Satze: stipulatio sine causa non tenet, wurde mehrfach entgegengesetzt, dass doch die stipulatio scienter sine causa facta als Schenkung gelten müsse. [5]) Der so erkannten Stipulationslehre wurde dann auch wohl auf das in Deutschland einheimische Recht Anwendung zu geben versucht. [6]) Man verkannte nicht das dem Schuldbekenntniss inwohnende Willenselement; [7]) stipulatio und confessio sine causa facta werden überall nebeneinander und als nahe verwandt behandelt; auch fand man es natürlich, dass andere Arten der confessio kraft ihrer dis-

agi posse, cum ipsa stipulatio sit sufficiens tam ad agendum, quam ad excipiendum; quod sic probat: promissio et solutio paria judicantur a lege (c. 19 ad l. Falc. l. 20 §. 1 de donat. l. 10 de const. pec.). Sed nemo praesumitur indebite solvere l. 25 de prob.): sic ergo dicetur, quod nullus praesumitur indebitum promittere. Unde cum causa promittendi semper praesumatur, non est necesse, quod causa inseratur, cum etiam stipulatio dicatur a stipite, quod designat firmitatem (pr. J. de V. O.). Per se ergo sine alia causa firmitatem ad agendum designat, ut ibi probatur, idem deducendo per singulas obligationes (§. 2 J. de oblig. l. 42 §. 2 de procur.). Sed in aliis singulis obligationibus sine expressione causae agi potest, ergo et in ista. Item in stipulatione est obligatio civilis (§. 9 J. de act.); item subest naturalis (l. 1 §. 3 de pact.). Cum ergo ibi sit utrumque vinculum ad agendum, ergo promittens est necessario obligatus alicujus rei solvendae causa (pr. J. de obl.); et si ab agente petat in libello causam sibi edi, respondebit agens, quod causam sui facti ipse scire tenetur (l. 5 pro suo; l. 7 ad SC. Vell.; c. 15 de resc. vend.). Propter ipsius ergo scientiam cessabit editio (l. 6 §. 9 de edendo). Dicit autem, legem 2 §. 3 de doli exc. et l. 36 de V. O. aliter loqui, quando constat, nullam vel falsam fuisse causam, — quod a principio putabat causam et neuter in dolo: quia post reperta falsa vel nulla, si agat tunc stipulator, promissori, qui erravit, competit exceptio doli. — Apparet enim tunc veritate comperta dolus stipulatoris, licet a principio forsan in dolo non fuerit. — Concludit ergo duo: primum, quod quamvis quis promiserit causa non expressa, valet stipulatio, cum semper praesumatur causam intervenisse, — et ex ea agi potest, donec probatum fuerit, causam nullam vel falsam intervenisse. — Secundum est, quod sequitur ex primo, scilicet quod causa stipulationis in libello non edenda est. Adjuvatur autem sic opinio: lex sine distinctione dicit, quod si promittatur aliquid certum, agitur certi condictione, si incertum, ex stipulatu (pr. J. de V. O.: l. 24 de R. C.; l. 2 l. 75 de V. O.). Sed si legislator voluisset, quod necesse foret, causam exprimi, id, quod sibi erat facile, addidisset. — Inducit etiam, quod si requireretur causa in stipulatione, ergo et causa causae, et sic in infinitum iri posset: quod evitatur a jure. — Item constat, quod verba legis describentis stipulationem non ponunt causam sed dicunt eam sic contrahi: promittis? promitto etc.

5) Glossa ad l. 2 de doli exc. Petrus de Bellapertica ad l. gener. — Bartol. ad l. 2 de doli exc. wirft der Glosse Widerspruch mit sich selbst vor, indem sie von der obigen Annahme ausgehe und gleichwohl den Satz halte: stipulatio sine causa non tenet. Dann sagt er: Dicant Doctores quicquid velint: nos habemus hujus quaestionis casum in lege 19 de donat. quod satis est causa ipsa liberalitas; et pro hoc optime facit l. 21 de V. O., ubi dicitur, quod stipulatio ex falsa causa valet, ergo ubi nulla causa est valet. Sed si causa aliqua exprimitur et est falsa, tunc recurre ad distinctionem Cini, quod si utraque parte sciente, valet, quidquid dicat glossa.

6) Die Worte des Sachsenspiels (I. 7.): „Wer icht borget odder gelobt, der sol es gelten“, finden sich in der latein. Uebersetzung so wiedergegeben: Si quis aliquid ab alio accomodaverit, mutuaverit, seu stipulatus quicquid fuerit, hoc reddere debet et implere. Zu den Worten „stipulatus fuerit“ führt aber der Glossator wörtlich die in Note 4 cit. Ansicht des Joan. de Blanosco aus.

7) So sagt Baldus ad l. gener.: probatio per instrumentum fundatur in consensu et confessione. Hierher gehört auch die in den damaligen Schriften durchweg erörterte Frage; an confessio extrajudicialis requirat adversarii praesentiam? Oefters findet man dieselbe verneint: quia conf. extrajud. non valet ad obligationem. So bei Cinus und Paulus Castr. ad l. gener., bei letzterem jedoch mit dem Zusatz:

positiven Natur sine causa wirken. [8]) Endlich fehlt auch nicht der Versuch, aus dem Gesichtspunkt des Literalcontracts dem Schuldschein, selbst ohne Angabe eines Schuldgrundes, Geltung zu vindiciren. [9]) Allein die verwirrende Vieldeutigkeit des Ausdrucks „sine causa", wobei man bald den subjectiven, bald den objectiven Bestand, bald die wirkliche Existenz, bald die processualische Erscheinung einer causa im Sinne hatte, mitunter sogar die Begriffe von materieller und formeller causa (S. 17 Note 1) verwechselte; die unrichtige Anwendung des Satzes, dass für Schenkungen nicht zu vermuthen sei; [10]) die Schwierigkeit in Begrenzung der Fälle, wo das einfache Versprechen sich zum selbständigen Vertrage

Communiter tenetur contrarium, et Canonistae habent hoc pro expedito. Auch Bartolus sagt (ad l. gen.): si confessio fit ad obligandum, quicquid dicat Petrus, dico, quod requirit partis praesentiam vel organum medium. Dieselbe Ansicht vertritt er ad. l. 8. §. 4 de lib. leg.

8) Cinus ad l. gener. sagt von letztwilligen Bestimmungen: Si emittitur confessio ad obligandum, ut quia testator dicit: „confiteor me Titio debere X," tunc inducit probationem et obligationem, quia licet non habeat dispositionem annexam expresse, habet tamen tacite, ut intelligatur tacita dispositio; „et ideo dari volo." — Bartolus rechtfertigt die l. 40 de pactis dem Bedenken gegenüber, wie die dort angeführten verba enunciativa de praeterito als pactum gelten können, dahin: Tu dicas, quod semper pactum fit per verba de futuro expresse vel tacite intellecta; unde quando dico: „profiteor te non teneri", ista est causa de praesenti vel de praeterito, subintelligitur dispositio necessaria: „ideo promitto non petere", et istud de futuro. Sequitur enim de necessitate, si non teneris, ergo non petam.

9) Petrus de Bellapertica († a. 1308) ad l. gen. sagt: Quaero, numquid confessio in scriptis ad hoc, quod valeat ad obligandum, debet causam habere? Videtur quod sic; neminem sine causa audit Praetor. Videtur contra, obligatio literarum est causa per se. Quid ergo dicemus? Glossa aequiparat obligationem literarum stipulationi. Glossa dicit, si stipuler sine causa, valet, tamen repellar per exceptionem. Ergo et hic proficit ad obligandum, tamen si agas, te per exceptionem repellam, quia causa non subest: sic glossa intelligit. Breviter credo, quod illa confessio proficit efficaciter ad obligandum sine aliqua causa, dicam quare. Quatuor modis contrahitur obligatio: re, verbis, literis, consensu. Contractus non requirit aliam causam: iste contractus, licet non habet causam aliquam, sufficit ad obligationem efficacem producendam. Item alia ratione, ista confessio, quae dispositionem habet, proficit ad obligandum, et ista confessio tantum operatur, sicut in judicio. Sed si in judicio confitear sine causa, obligo me efficaciter, ergo idem, ubi in literis: et istud est verissimum.

10) Man ging von dem an sich richtigen Satze aus, dass, wo die angegebene causa als objectiv unrichtig erwiesen werde, im Allgemeinen eher für einen Irrthum, als für eine Schenkung zu vermuthen sei (s. o. S. 62); so bei Jacob. Butrig. ad l. gener.: — in contractibus inter vivos, ubi quis non praesumitur velle donare nec jactare, falsa causa viciat confessionem probato contrario. Diesen Satz wandte man dann aber unrichtig auf den Fall an, wo die causa nicht angegeben war, also nicht objectiv fehlte, sondern nur (für einen Dritten) nicht erhellte; und so kam man zu der Annahme, dass ein instrumentum, quod nullam exprimit causam, als „ex fatuitate" (Baldus) oder „ex errore" (Cinus) ausgestellt zu präsumiren sei. Paulus Castr., der sich dieser Ansicht anschliesst, wendet sich gegen Bartolus: Sed Bartolus in l. 19 de donat. tenuit, quod in dubio, etiam si non apparet de certa scientia, praesumatur facta (promissio) animo donandi, et sic valeat — et fecit magnum festum de illo textu. Angelus dicit, quod salva pace sua ille textus nihil dicit, quia loquitur, quando constabat, quod animo donandi promittebat; nos loquimur, quando de hoc non constabat: et quaeritur, an in dubio non praesumatur voluisse donare; quo casu loquitur ille §. circa (l. 2 §. 3 de doli exc.): dum indistincte loquitur et dicit, obstare exceptionem, vult quod non praesumatur animus donandi, sed potius ex facilitate vel fatuitate promississe.

erhebt;[11]) die versteckte Form des im Schuldbekenntniss enthaltenen Willensactes;[12]) besonders aber das Befangensein im römischen Contractensystem, welchem gegenüber der Grundsatz von der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge nur mühsam sich Bahn brach:[13]) dies Alles liess jene ersteren Ansichten nicht zu einem Zusammenhang gedeihen, der die Herrschaft der l. 25 de probat. zu brechen vermocht hätte. Mochte daher auch von einzelnen Seiten die confessio extra jus et sine causa facta für verpflichtend erklärt werden,[14]) so blieb man doch im Allgemeinen bei der gegentheiligen Regel, welcher man aber praktisch durch zahlreiche Ausnahmen die Spitze abbrach.

Ein anschauliches Bild dieses Zustandes gewährt Mascardus († 1589). In seiner Schrift: de Probationibus (I. concl. 345) stellt er als Regel auf: confessio sine causae expressione non valet; fügt derselben aber, überall unter Anführung namhafter Autoritäten, nicht weniger als achtzehn Ausnahmen (limitationes) bei, deren buntes Durcheinander die mangelnde innere Durchbildung der Lehre deutlich erkennen lässt. Diese Ausnahmen sind: confessio in judicio facta; quod confessio sine causa inducat semiplenam probationem; conf. in ultima voluntate; conf. jurata; si conf. tendit ad liberandum et quietandum; quando conjecturis possit dignosci, confitentem voluisse donare; conf. realis (quando quis confitetur rem, quam possidet, esse meam, quod ita valet, ut res non praesumatur illius, donec

11) So fragt die Glosse ad l. 2 de doli exc.: Item an hic libellus sit admittendus: „Peto decem quia promisisti?“ Videtur quod non, cum in promissione non sit causa sufficiens; — sed adjicere debet: „quia promissisti ex causa mutui vel simili.“ Dies ist freilich richtig (s. S. 122), passt aber nicht hierher.

12) Fast allgemein wird für die nicht obligirende Kraft der conf. extrajud. der Grund angegeben: quia non habet dispositionem, sed tantum enunciationem. Accursius wollte sogar im Eingang der l. 40 de pact. emendiren: Profiteor me velle te non teneri (Zasius ad h. l.).

13) In den aus älterer Zeit, z. B. bei Rolandinus († 1300), Summa artis notariae, mitgetheilten Formularen für Schuldscheine finden wir durchweg die Stipulationsclausel angewendet („promisit solenniter sine aliqua exceptione juris vel facti se obligando dicto N. N. pro se et suis heredibus stipulanti solvere et dare etc.“). Noch Jason de Mayno († 1519) ad l. 7 de pact. stellt den Satz: pactum nudum actionem non parit, als gültiges Recht hin, beschränkt ihn aber durch viele Ausnahmen, darunter die erste, jedoch als sehr bestritten aufgeführte; quod pactum nudum jure canonico producat actionem; sodann: quod mercatores et nummularii ex pacto nudo agant inter se u. s. w. Den unmittelbaren Zusammenhang dieser romanistischen Anschauung mit der Lehre von den Urkunden ergeben aber die Worte (bei limit. 6): — „consensus extrajudicalis censetur pactum nudum. l. 40 de pact.; et sic ex eo non oritur actio. l. 26 §. 2 depos.“ Erst später wagte man, die Klagbarkeit aller Verträge auf gemeine Gewohnheit zu gründen. Brunnemann ad. l. 7 de pact.: Sed jam receptissimum est jure Canonico, aut certe (quia de hoc disputare non libet) de consuetudine, ex omni conventione deliberate et serio inita actionem dari. Ein erbauliches Beispiel, wie jene Anschauung auch in der Praxis sich geltend machte, gewährt Modest. Pistor. Quaest. P. I. q. 49. Dort wird ein Streit darüber referirt, ob eine Urkunde, welcher die Stipulationsclausel fehle, eine Klage erzeuge. Darüber lächeln wir vielleicht. Im Grunde ist aber jener Streit der nämliche, welcher auch noch heute obwaltet.

14) Dies wird namentlich als die Ansicht des älteren Jacobus (de porta Ravennate, † 1178) angeführt. Gl. ad. c. 1 de conf.; Cin. ad l. gener. Cinus erwähnt, dass dem Jacobus auch die Canonisten folgen, was augenscheinlich mit ihrer freieren Ansicht über das nudum pactum zusammenhing (vergleiche Note 7 u. 13).

probetur contrarium); conf., quae habet aliquam causam saltem conjecturalem; conf. geminata; conf. in instrumento guarentigiato, (quia videtur factum in judicio); quando in instrumento vel protocollo Notarii ex praecedentibus instrumentis apparet de causa subsequentis instrumenti; quando ponerentur haec verba: „sponte et ex certa scientia“ (!); conf. facta ecclesiae vel civitati; conf. in scriptis facta; conf. conditionalis; si propter personarum conjunctionem vel rei parvitatem vel liberalitatem praecedentem praesumatur donatio; si in processu causa probetur. — Für die Ausnahme „confessio in scriptis facta“ wird auf Petrus de Bellapertica, Joannes de Blanosco und Bartolus Bezug genommen, während Roffredus, Alexander Tartagnus und Jason als Gegner und Vertreter der gemeinen Ansicht genannt werden. Mascardus will beide Ansichten durch Bezugnahme auf die Glosse zu l. 2 de doli exc. vereinigen.

Bei anderen Schriftstellern [15]) wird als weitere Ausnahme bezeichnet: si quis confiteatur se esse debitorem pro resto et saldo rationis — der Beginn der Abrechnungslehre.

Wenn auch manche dieser Ausnahmen in der Folgezeit wieder bestritten wurden, [16]) so gewährten sie doch der Praxis mannigfache Gelegenheit, ihrem natürlichen Rechtsgefühle entsprechend die cautio indiscreta für wirksam zu erklären. Es hat stets Juristen gegeben, welche den Unverstand der gemeinen Lehre fühlten und bekämpften, wenn auch dabei mitunter wunderliche Gründe zu Tage kamen. [17]) Man lehrte: In hac tamen causae expressione ad enervandam instrumentorum fidem non nimis scrupulosus esse judex debet: [18]) und hielt demnach ein allgemeines Bekenntniss, den entsprechenden Werth empfangen zu haben, für genügend, wozu Einige die Vermuthung für ein „Darlehn“ zu Hülfe

15) Alexand. Consil. I. 4 Friderus Mindanus de mandat. judic. II. c. 64 §. 5. Berlichii Decis. Nr. 96. Wernher Observ. I. P. 4 obs. 186. Berger Oecon. jur. L. 4 T. 30.

16) So begann man dem inst. guarentig. sine causa die Gültigkeit zu bestreiten, indem man zwischen der conf. ex jurisdictione contentiosa und voluntaria unterschied. Jason ad l. 7 §. 12 de pact. Phanucius de inventar. hered. P. 5 §. 104. Gutierrez de juram. confirm. c. 47. Brunnem. ad. l. 25 de prob. — Desgleichen wollte man die confessio jurata sine causa nicht mehr zulassen. Gomez comm. et resol. T. II. c. 11. §. 5.

17) Dan. Mollerus, Semestr. L. 2 c. 23 (a. 1610) hält auch indiscrete Schuldurkunden für exigibel, — quod tradunt Interpretes, regulam l. 25 de prob. locum non habere in instrumentis guarentigiatis (qualia sunt in Electoratu Saxoniae ex Ordinatione provinciali instrumenta obligationum fere omnia). Aus der Praxis bezeugt er: Certe apud nos non semel hujosmodi instrumenta obligationum executioni mandata scio, etiamsi causa obligationis in illis expressa non esset. Nec habet sane debitor hoc casu de quo conqueri merito possit, cum, se nihil debere sciens, aliud tamen in chirographo confitetur, ideoque damnum, quod hinc sentit, suae ipsius temeritati, non aliis imputare debeat. Post factum autem executionem id, quod indebite se solvisse praetendit, legitimis remediis repetere, si volet, poterit. Aehnliches lehrt Carpzov, Decis. Sax. P. II. Dec. 125 u. Definit. for. P. I. c. 17 def. 40. — Weitere Rechtsfälle dieser Art s. b. Berlich. Dec. 97 u. Boehmer Jus eccl. L. II. T. 22 §. 10. Auch Schilter, Prax. jur. Rom. ex. 22 §. 62 flg. vertritt die Ansicht des Berlich., dass, „ubi stipulatio intervenit“, es der Angabe einer causa deb. nicht bedürfe, so wie dass heute die Stipulation durch jedes pactum nudum ersetzt werde.

18) Frieder. Mind. not. 15 cit. §. 7 (v. J. 1595).

nehmen.[19]) Oder man erachtete das instrumentum indiscretum wenigstens für ein unterstützendes Beweismittel, dessen Recognition im ordentlichen Process nicht verweigert werden könne.[20]) Besonders ergiebig stand natürlich auch die Ausnahme von der „causa conjecturalis" zu benutzen.

Die neuere Zeit hatte wohl die Kraft, die Schwäche jener Ausnahmen im Verhältniss zur Regel zu erkennen, nicht aber auch den Muth, die Regel selbst anzugreifen. In der Theorie pflegt daher nur noch die Regel ohne die Ausnahmen gelehrt zu werden. In der Praxis aber bemächtigte sich der in einer Art polizeilicher Beaufsichtigung der Rechtsgeschäfte sich wohl fühlende Büreaukratismus der Lehre und ist bis auf den heutigen Tag sie festzuhalten bestrebt. Gleichwohl leben dort jene Ausnahmen mehr oder weniger noch fort;[21]) und wenn man z. B. die Abhandlung Cropp's von der cautio indiscreta liest, so möchte man fast glauben, dieselbe sei nur geschrieben, um schliesslich zu zeigen, wie die dargestellte Lehre nicht angewendet werde. Auch in der so glücklich ausgebildeten Abrechnungslehre ist für die gemeine Theorie der cautio indiscreta ein Todfeind entstanden; denn es giebt keinen grösseren Widerspruch, als die Ungültigkeit der letzteren und zugleich die Klagbarkeit der Abrechnung ohne Darlegung der zu Grunde liegenden Verhältnisse zu behaupten. Vor allem aber ist folgende Erscheinung beachtenswerth. Von jeher hat der Handelsstand nicht allein für das bei ihm einheimische Wechselgeschäft, sondern auch an Handelsplätzen für andere, namentlich gerichtliche, Schuldurkunden theils durch Statut, theils durch Gewohnheit die Lehre von der cautio indiscr. (sowie auch die von der exc. n. n. p.) von sich abgewiesen.[22]) Wie im Mittelalter, wo es den Satz von der Klagbarkeit formloser Verträge im Allgemeinen durchzubringen galt,[23]) schreitet also auch jetzt noch für die vollständige Entwickelung jenes Satzes der Handelsstand in der freieren Rechtsbildung voran. Darin aber charakterisirt sich recht eigentlich das Recht, wie es im Volke lebt. Denn nichts ist irriger, als den Handelsstand gleichsam für ein Volk im Volke zu halten, welches sein ganz besonderes Recht bildete. Vielmehr ist das Handelsrecht in den meisten Beziehungen unser eigentliches, ich möchte sagen potenzirtes, Volksrecht, und die Eigenthümlichkeiten desselben dürften vielfach nur darauf beruhen, dass in der starken Strömung des Handelsverkehrs die künstlichen Bauten keinen Stand halten, mittelst

19) Gutierrez, de juram. conf. c. 47 Nr. 3. Wernher I. P. 4. obs. 185. III. P. 1 obs. 39. Voet. Com. ad L. 22 tit. 4 D. §. 17. Offenbar konnte dies nur geschehen vermöge der Zweideutigkeit des Begriffes „Darlehn", welcher auch eine fingirte Geldzahlung zur Grundlage nehmen kann. Vergl. §. 64a.

20) Wernher III. P. 2 obs. 287. Leyser Med. Sp. 132.

21) Holzschuher, Theorie und Casuistik d. gem. Civ. R. III. S. 303, 438. Seuffert VIII. Nr. 180.

22) Dies bezeugen für die Niederlande: Damhouder Prax. rer. civ. c. 175 Groenewegen de legib. abrog. ad. l. 25 de prob. Voet l. c.; für das Hamburger und Lübische Recht: Stryk. Usus mod. L. 22 tit. 4 §. 1. Boehmer l. c. Cropp. Abh. I. S. 369 flg. Auch die Franzosen waren praktisch genug, schon längst vor Einführung des Code (art. 1132) die cautio indiscr. bei sich gelten zu lassen. Merlin, Recueil alphabethique des questions de droit. II. p. 185. Gleiches bezeugt Regelsberger a. a. O. (§. 55 N. 1) S. 154 für den Kanton Zürich.

23) Vergl. Note 13.

deren es den Juristen an anderen Stellen den natürlichen Lauf des nämlichen Rechtsstromes abzudämmen gelingt.

Den siegreichen Fortschritt des Handelsrechts auf dem hier fraglichen Felde bezeichnet aber — der §. 1 der allgemeinen deutschen Wechselordnung; [und jetzt Art. 301 des Allg. D. Handelsgesetzbuches, womit auch Art. 228 des Schweizer Handelsrechts-Entwurfs übereinstimmt.]

§. 66.

Schuldschein und Quittung. Rechtsfälle.

Beispiele aus der Praxis bis auf die neueste Zeit anzuführen, in welchen die hier bekämpfte Lehre zu beklagenswerthen Ergebnissen geführt hat, würde nicht schwer sein. Was soll man dazu sagen, wenn z. B. ein höchster Gerichtshof (1837) einem Schuldschein des Inhalts: „dass Unterzeichneter dem N. für verschiedene Dienste, Bemühungen, Reisen und Entschädigungen die Summe von 800 Gulden schuldig geworden sei", wegen „zu allgemein" angegebener causa debendi Wirksamkeit versagt? [1]) Fühlt man denn nicht, dass durch solche Entscheidungen die gelehrte Jurisprudenz alles Vertrauen verlieren muss?

Zur Veranschaulichung der dargestellten Lehre mögen hier noch einige bisher ungedruckte Fälle aus der kurhessischen Praxis Platz finden.

1.

In dem Nachlass des Rentbeamten Z. fand sich folgender Schuldschein:

Endesunterschriebener bekennt hierdurch dem Herrn Rath Z. in G. die Summe von 179 Thlr. 22 Alb. 8 Hlr. schuldig geworden zu sein und verpflichtet sich, gesagten Betrag nach vorhergegangener halbjähriger Kündigung baar und in ungetrennter Summe abzutragen und bis dahin mit 5 Procent zu verzinsen. v. M.

Da Z. mit bedeutendem Recess verstorben war, so liess sich der Staatsanwalt in die Forderung aus dem Schuldschein einweisen. Derselbe klagte nun wider v. M. zuerst aus einem „Darlehn". Das Darlehn wurde durch den Schuldschein für nicht bewiesen erachtet, vielmehr auf den Eid des Verklagten über die Darleihung des Geldes erkannt, welchen dieser ausschwor, worauf die Klage abfiel.

Darauf klagte der Staatsanwalt aus dem in dem Schuldschein enthaltenen Zahlungsversprechen, welchem eine „Abrechnung" zu Grunde liege. Das OG. wies die Klage alsbald zurück, „weil weder das Zahlungsversprechen (constitutum debiti proprii), noch die Abrechnung, da sie vorliegend nicht gegenseitige Forderungsverhältnisse zum Gegenstand habe, einen selbständigen Klaggrund abgebe". Das OAGericht aber verfügte auf Beschwerde des Klägers durch Decret v. 14. Januar 1843 die Verhandlung der Sache:

in Erwägung, dass die Klage auf eine vom Verklagten mit Z. angeblich gepflogene Abrechnung, und auf ein von dem Verklagten demselben angeblich ertheiltes und von ihm angenommenes Zahlungsversprechen gegründet ist, und es ihr in dieser doppelten Hinsicht an einem rechtlichen Klaggrunde nicht fehlt, indem insbesondere zu einer Abrechnung nicht wesentlich gegenseitige Forderungen gehören, und bei den angegebenen Rechtsgründen die Darlegung des früheren Schuldverhältnisses nicht erforderlich ist, etc.

Auf geflogene Verhandlung, worin der Verklagte den Schuldschein als ächt anerkannte, aber die Abrechnung leugnete, verurtheilte das OG. denselben nach Massgabe der Entscheidungsgründe des OAGerichtsdecrets. Nunmehr appellirte

1) Vergl. Strippelmann OAG. Entsch. VI. S. 640; auch Seuffert VII. Nr. 252 (welcher sich einer kritischen Bemerkung nicht enthalten kann).

der Verklagte und erwirkte folgenden reformatorischen OAGerichtsbescheid vom 21. April 1844:

In Erwägung,

dass das Zahlungsversprechen nur hinsichtlich der Verzinsung der Schuld, wenn diese besteht, als wirksam erscheint, in Ansehung der letzteren aber ein selbständiges Klagfundament nicht abgeben kann, weil dasselbe der Angabe eines rechtsbeständigen Schuldgrundes entbehrt,

dass, wenn auch das Klagvorbringen dahin verstanden werden könnte, dass das Versprechen unter Anerkennung des Bestehens der angegebenen Schuld aus verschiedenen Schuldgründen, insbesondere aus Darlehn ertheilt worden sei, doch dasselbe wegen dieser Unbestimmtheit des Betrags, welcher aus Darlehn geschuldet wird, und bei dem Mangel der Angabe der übrigen Schuldgründe zur Begründung der Klage aus einem Constitut nicht geeignet sein würde,

dass aber die behauptete Abrechnung einen selbständigen Klaggrund abgiebt, etc.

worauf die Abrechnung zu Beweis gestellt wurde. Den über letztere zugeschobenen Eid schwor abermals der Verklagte aus, und nun wurde auch diese Klage abgewiesen.

Der Zwiespalt, welcher hier in den zwei Entscheidungen des nämlichen höchsten Gerichts in der nämlichen Sache sich offenbart, lässt deutlich den Mangel an innerer Befriedigung erkennen, welchen die fragliche Lehre in sich trägt. Jeden Unbefangenen aber möchte ich fragen, ob er denn wirklich vermuthen zu müssen glaubt, dass v. M. sich zur Zahlung der 179 Thlr. etc. „ohne Grund“ (d. h. ohne zu wissen warum?) oder nur „aus Scherz“, „aus Einfalt“ oder „aus Irrthum“ für verpflichtet erklärt habe? Und welche grössere Garantie für eine rechtmässige Entstehung der Schuld würde vorhanden gewesen sein, wenn in der Urkunde noch gestanden hätte: „aus Abrechnung“ — das Zauberwort, welches sofort den Gerichten als „genügende causa debendi“ eingeleuchtet haben würde?

Neuerdings sind in einigen Sachen die diesseits vertretenen Grundsätze mit Bestimmtheit ausgesprochen worden.

2.

Der Speisewirth B. klagte wider St. auf Zahlung für demselben geleisteten Mittags- und Abendtisch, und legte der Klage folgende Rechnung zu Grunde. Der erste Posten lautete: „Restbetrag der bereits früher übergebenen Rechnung — 100 Fl.“; dann folgten einzelne Posten für Mittagstisch etc. während bestimmter Monate; am Schluss stand die von St. unterzeichnete und untersiegelte Erklärung: „Vorbehaltlich der Prüfung mit der mir früher übergebenen Rechnung, welche ebenwohl specificirt ist, wird diese Rechnung hiermit anerkannt“. Der Verklagte gab die Aechtheit dieser Urkunde zu, leugnete aber die Klage im Uebrigen. Das OGericht zu C. verurtheilte sofort den Verklagten:

In Erwägung, dass das Anerkenntniss einer bestehenden Schuld, wenn entweder ein ausdrückliches Zahlungsversprechen damit verbunden ist, oder wenn es unter Umständen geschieht, durch welche dasselbe thatsächlich die Natur eines auf Belastung des Anerkennenden mit der fraglichen Schuld gerichteten Willensactes annimmt, einen selbständigen Klaggrund abgiebt;

dass diese letztere Voraussetzung namentlich dann vorliegt, wenn Jemand die auf ihn gezogene Rechnung mit einer urkundlichen Erklärung seines Anerkenntnisses derselben dem Gläubiger einhändigt;

dass ein solcher Fall hier rücksichtlich der im Besitz des Klägers befindlichen Anlage A der Klage angenommen werden muss,

auch dem „Vorbehalt der Prüfung dieser so wie der weitern früher übergebenen Rechnung“ nicht eine Bedeutung beigelegt werden kann, wonach Verklagter die

Anerkennung selbst völlig wirkungslos habe machen wollen, vielmehr die Bedeutung dieses Vorbehaltes nur die sein kann, dass Verklagter gegen die im Allgemeinen als richtig anerkannte Rechnung einzelne Einwendungen in Betreff bestimmter, etwa übersetzter oder unrichtiger, Posten sich vorbehalten haben wolle,

solche Einwendungen aber nicht vorgebracht sind etc.

Auf Appellation des Verklagten bestätigte das OAGericht (1852) diese Entscheidung:

„In Erwägung, dass Appellant die Entscheidungsgründe des angefochtenen Bescheids nicht hat widerlegen können;

dass insbesondere die Angabe desselben in dieser Instanz, dass hinsichtlich des ersten Klagpostens Appellat eine specificirte Rechnung nicht vorgelegt, sofern damit Appellant die Behauptung aufstellen will, es habe ihm Appellat eine derartige Rechnung überhaupt nicht mitgetheilt, sowohl mit seinem schriftlichen Bekenntnisse am Schlusse der Klaganlage A, als auch mit seiner Einlassung in Widerspruch stehen würde und als verspätet nicht berücksichtigt werden könnte,

falls aber Appellant durch jenes Vorbringen nur als einen Klagmangel zu rügen beabsichtigt, dass Appellat die specificirte Rechnung nicht mit der Klage vorgelegt, diese Ausstellung bei der nicht widersprochenen Angabe des Schuldgrundes in der Klage, dass auch jener Posten den Gesammtbetrag über eine dem Appellanten übergebene specificirte Tischrechnung enthalte, und nach seinem in Mitte liegenden, auf alle Klagposten sich beziehenden Schuldbekenntnisse sich als unerheblich darstellt.

3.

C. H. hatte folgenden Schuldschein ausgestellt:

Ich Unterzeichneter urkunde und bekenne hiermit, dass ich meinem Vater dem Glasermeister J. H. diejenigen 400 Fl. schuldig bin, welche ich am 27. Dec. 1839 von E. zu H. eingenommen habe. Ich verspreche die Summe (zu zahlen und) vom 27. Dec. 1839 an mit 5 Proc. zu verzinsen.

C. H.

Die eingeschlossenen Worte „zu zahlen und“ waren nicht in den Context, sondern nachträglich zwischen die Zeilen der (von C. H. nur unterzeichneten, nicht concipirten) Urkunde geschrieben.

Eine Cessionarin des Vaters klagte diese Forderung ein, mit dem Bemerken, dass E. dem J. H. 400 Fl. aus einem Vergleich schuldig gewesen sei, und dass C. H. diese eingenommen habe.

Das OGericht zu F. urtheilte folgendermassen: „Die Klage erscheint schon dadurch begründet, dass Verklagter sich urkundlich mit Beziehung auf die von ihm anerkannte Vereinnahmung von 400 Fl. seinen Vater zur Zahlung dieser Summe verbindlich gemacht. Wollte Verklagter diesem Verpflichtungsact gegenüber die Vereinnahmung selbst oder eine aus solcher für ihn erwachsende Verpflichtung bestreiten, so konnte er dies nur mittelst Darlegung, welchergestalt er sich der durch den Schuldschein übernommenen Verpflichtung irrthümlich unterzogen habe, indem ein ohne Grund ertheiltes Zahlungsversprechen nur derselben Anfechtung, wie eine ohne Schuldgrund geleistete Zahlung (nach den Grundsätzen der condictio indebiti) unterliegt. Jene Darlegung ist vorliegend nicht erfolgt“.

„Der Beweis dieser Verpflichtung wird auch durch die vorgelegte Urkunde erbracht. Namentlich muss darin, dass als Grund der Verpflichtung auf die Vereinnahmung der verschriebenen Summe von E. Bezug genommen wird, ein genügender Schuldgrund gefunden werden. Auch vermag der Umstand, dass die Worte „zu zahlen und“ zwischen die Reihen geschrieben sind, nicht die Wirksamkeit der Urkunde zu schwächen. Denn diese Worte sind deshalb nicht wesentlich, weil schon in dem ersten Satze des Schuldscheines der Willensact des Verklagten, sich mit der fraglichen Summe zu belasten, mithin ein stillschweigendes Zahlungsversprechen enthalten ist“.

Auf Berufung des Verklagten bestätigte dass OAGericht (1853) diese Entscheidung:

In Erwägung, dass Appellant die Entscheidungsgründe des OGerichts im Wesentlichen zu widerlegen nicht vermocht hat,

insbesondere — — vom OGericht mit Recht angenommen ist, dass eine vom Appellanten seinem Vater gegenüber auf eine verbindliche Weise geschehene Anerkennung der in Frage stehenden Verpflichtung einen genügenden Schuldgrund abgebe,

der Beweis eines solchen Schuldbekenntnisses auch aus dem vorgelegten Schuldschein zu entnehmen ist, da der gerügte Mangel eines Schuldgrunds für die im Schuldschein übernommene Verbindlichkeit jedenfalls durch das weitere Ergebniss des Beweisverfahrens in Verbindung mit dem Nachgeben des Appellanten hinsichtlich der dem J. H. gegen E. zugestandenen vergleichmässigen Forderung beseitigt wird. etc.

4.

D. hatte dem R. folgende Urkunde ausgestellt:

„Für den Fall, dass ich die A. C. W. und auf das Gut des Bürgermeister S. heirathe, verspreche ich dem R. 300 Thlr. alsbald nach dem Tode des S. zu zahlen“.

Mit dem Anführen, dass die gestellte Bedingung durch die Verheirathung des D. eingetreten, auch S. verstorben sei, klagte R. auf Grund dieses Scheines 300 Thlr. ein. Verklagter bestritt, dass ein solches Zahlungsversprechen ohne Angabe einer causa debendi einen Klaggrund abgeben könne; machte aber eventuell geltend, dass das Versprechen auf ein Mäkelgeld für Vermittelung seiner Heirath mit der W. gerichtet gewesen und deshalb (nach einer Bestimmung des Kurh. Partikularrechts) ungültig sei.

Das OGericht hielt zwar die Klage an sich für begründet, glaubte jedoch nach den feststehenden Umständen des Falles ohne Weiteres unterstellen zu dürfen, dass die 300 Thlr. als Mäkelgeld für die Heirath versprochen seien, und wies danach die Klage zurück.

Auf Appellation des Klägers ertheilte das OAGericht folgende Entscheidung: „Die erhobene Klage ist mit Recht für an sich durch die vorgelegte Urkunde begründet angenommen worden, da in dieser Urkunde der Verklagte ohne weiteren Vorbehalt die in Anspruch genommene Zahlung von 300 Thlr. für den Fall des Eintritts von nunmehr eingetretenen Ereignissen versprochen hat, und dieses Versprechen eben wegen nicht ausgesprochenen Vorbehalts irgend einer Gegenleistung im Zweifel als eine Liberalität angesehen werden muss, deren Rechtsverbindlichkeit an sich nichts entgegenstände.

Jedoch ist die Behauptung des Verklagten erheblich, dass das gedachte Versprechen in der That nicht ohne Verabredung einer Gegenverbindlichkeit, vielmehr dafür gegeben sei, dass der Kläger dasjenige Ereigniss, für den Fall dessen Eintritts die 300 Thlr. gezahlt werden sollten, die Verheirathung des Verklagten mit der A. C. W., herbeiführe; durch welche Bewandtniss der Sache das Versprechen, als solches eines gesetzlich reprobirten Mäkelgeldes für Zustandbringen einer Heirath, ungültig sein würde. Der Umstand, dass die Beziehung des Versprechens auf eine solche Gegenleistung in die Urkunde nicht aufgenommen worden, giebt keinen Grund ab, den Verklagten mit jener Behauptung zu enthören; es kann aber auch nicht mit dem Obergericht das also Behauptete für bereits feststehend angesehen werden.“

Hiernach wurde auf Beweis für den Verklagten dahin anerkannt: dass das beurkundete Versprechen dafür gegeben sei, dass Kläger des Verklagten Heirath vermittele. (Richard c. Dipp 1859.)

5.

Der Kaufmann E. war in bedrängten Vermögensverhältnissen gestorben. Kraft Gütergemeinschaft war sein Geschäft auf seine Wittwe übergegangen; und diese hatte es zu einem Anschlags-Preise auf ihren Sohn übertragen, mit der Bestimmung, dass ein gewisser Theil des Preises zur Abzahlung von Gläubigern des Vaters, welche in einem (privatim mitgetheilten) Verzeichniss enthalten seien, verwendet werden solle. Kurz nachher hatte dieser Sohn dem K. folgenden Schein ausgestellt:

„Nachdem mein ohnlängst verstorbener Vater dem K. zu N. theils aus Darlehn, theils aus anderen Schuldgründen die Summe von 719 Thlr. 21 Sgr. 8 Hlr. schuldig geworden ist, diese Schuldsumme aber in denjenigen Kaufschilling eingewiesen ist, welchen ich aus Kaufvertrag mit meiner Mutter über das dahier befindliche Grundeigenthum und Waarenlager derselben zu entrichten habe, so erkenne ich jene Schuld mit Zinsen zu 5 Procent vom 1. l. M. als richtig und als eine solche an, deren Zahlung an K. nunmehr mir, als jenem Käufer, obliegt.“

Auf diesen Schein gestützt, klagt K. auf Zahlung der fraglichen Schuld wider E. den Sohn; wobei er anführte, dass er in dem Verzeichniss der Gläubiger, deren Zahlung E. übernommen, auch wirklich aufgeführt gewesen sei. E. leugnete dies, und bestritt danach die Wirksamkeit des Schuldscheins.

Das OG. erkannte: „Die überreichte Urkunde kann zur Begründung der Klage nicht dienen. Denn dadurch, dass Verklagter die Schuld seines Vaters als richtig und als eine solche anerkannte, deren Zahlung ihm Kraft Einweisung obliege, wurde Kläger noch nicht auf diesen Theil des Kaufgeldes berechtigt; vielmehr kann in jener Erklärung nur ein abgelegtes aussergerichtliches Geständniss über die gedachte Einweisung gefunden werden, welches den Verklagten auch dadurch, dass er es wissentlich der Wahrheit zuwider ablegte, die gedachte Schuld nicht aus eigenen Mitteln zu zahlen verpflichtete, sondern möglicher Weise nur einen Anspruch auf Ersatz des durch arglistige Täuschung dem Kläger etwa erwachsenen Schadens (!) begründen könnte.“ Demgemäss ward der Obsieg des Klägers von dem Beweise, dass er wirklich in dem Verzeichniss der eingewiesenen Gläubiger gestanden, abhängig erklärt.

Dagegen erkannte das OAG. auf die Beschwerde des Klägers: „In der vom Verklagten ausgestellten Schuldurkunde ist nicht ein bloses Beweismittel für eine derselben vorgängige Schuldeinweisung des Klägers, sondern eine derartige selbständige Schuldeingehung des Verklagten — welcher als Käufer die eingewiesenen Gläubiger am besten kennen musste — zu finden, dass schon durch sie die Klage begründet erscheint, und Verklagter dem daraus abgeleiteten Anspruche des Klägers gegenüber nicht mit dem blosen Beweise der in Wirklichkeit nicht geschehenen Einweisung des Klägers, sondern nur mit einer, den Bedingungen der Rückforderungen einer Nichtschuld entsprechenden Anfechtung hätte gehört werden können. Eine solche Anfechtung ist nicht vorgebracht worden.“ (Klüppel c. Epstein 1865.)

Man wird nicht leugnen können, dass in allen diesen Fällen es cautiones indiscretae waren, welche zur rechtlichen Geltung kamen; wenn gleich durch verschiedene Wendungen ein directer Anstoss gegen die gemeine Lehre zu vermeiden gesucht wurde. In dem zuletzt erwähnten Falle tritt aber auch in der vorausgehenden Entscheidung des OGerichts die ganze Dürftigkeit der Ansicht, welche in der Schuldurkunde nur ein Beweismittel sieht, wieder einmal recht klar zu Tage.

Bemerkenswerth ist sodann noch, wie sich nach schweren Kämpfen die Praxis bezüglich der exceptio n. n. pec. in Kurhessen gestaltet hat. Wenn der Kläger ein „Dahrlehn“ einklagt, der Verklagte aber dieses „Darlehn“ leugnet, und dem darüber ausgestellten beweiskräftig gewordenen Darlehnsschein die „Einrede des nicht gezahlten Geldes“ entgegensetzt, der Kläger aber erwidert: „ich habe allerdings kein Geld empfangen, vielmehr ist das Darlehn in der und der Weise (durch Anrechnung etc.) als ausgezahlt angenommen worden“: so wird nun von dem Excipienten der Beweis der Negative dieser Art der „Realisirung des Darlehns“ verlangt; und wenn derselbe über die Einrede den Eid zuschiebt, so wird der Inhaber des Scheins zu dem Eide gelassen, „dass das Darlehn auf die von ihm angegebene Weise ausgezahlt worden sei.“

Und ebenso bei Quittungen. [3]) Diese Verfahrungsweise ist offenbar höchst unprocessualisch. Man möchte es fast komisch nennen, wenn über ein „ausgezahltes Darlehn“, oder über eine „Einrede der Zahlung“ verhandelt wird, wo gar nichts gezahlt ist, sondern der wirkliche Grund von Klage und Einrede nur in der ausgestellten Urkunde liegt. Immerhin aber ist diese Praxis zu preisen, weil sich wenigstens zur Noth damit leben lässt. Darlehnsschein und Quittung sind auf diese Weise als abstracte Rechtsakte, welche den Beweis jedes möglichen Schuldgrundes in sich tragen, anerkannt.

Kein Einsichtiger wird hiernach bestreiten, dass in der vorgeschilderten Praxis die Lehre von der cautio indiscreta der Sache nach längst aufgegeben ist. Wenn diese gleichwohl da, wo ein indiscreter Schuldschein unverhüllt auftritt, fortlebt, so bildet dies wiederum nur einen Beleg für die öfters sich darbietende Erscheinung, dass die Praxis ihrer eigensten Gedanken sich kaum bewusst ist.

§. 67.

Schuldschein und Quittung. Der moderne „Beweisvertrag“.

Die hier dargestellte Natur des Schuldscheins als eines auf Feststellung der Schuld gerichteten Vertrags, oder, was dasselbe besagt, eines formalen Zahlungsversprechens, ist, wie ich die Sache auffasse, nicht etwas zufällig mit dem Schuldschein Verbundenes, sondern sie bildet das innerste Wesen desselben. Ja, es giebt gar keinen entschiedeneren Willensausdruck hierfür als den Schuldschein. Eben deshalb, weil bei diesem das Zahlenwollen sich ganz von selbst versteht, pflegt ein ausdrückliches Zahlungsversprechen darin weggelassen und nur da mitaufgenommen zu werden, wo der Zahlpflicht eine gewisse Modalität (Zeit- oder Ortsbestimmung etc.) beigefügt werden soll. Jeder Schuldschein kann aber so angesehen werden, als ob darin ausdrücklich die Worte ständen: „und verspreche ich hiermit diese Summe zu zahlen.“

Im Gegensatz hierzu erkennen einige neuere Schriftsteller zwar die Vertragsnatur des Schuldscheins an, aber der darin enthaltene Vertrag soll nicht, wenigstens nicht schlechthin, auf ein Schuldigsein, sondern im Zweifel nur auf Beschaffung eines Beweismittels gerichtet sein; er soll nicht ein Schuldvertrag, sondern nur ein „Beweisvertrag“ sein.

Zunächst möchte ich fragen: warum sind wohl die Römer, die doch auch Schuldscheine, so wie den Werth des Beweises kannten, nicht auf diesen „Beweisvertrag“ gekommen? Ich glaube nur deshalb, weil ihre Stärke gerade darin bestand, die Natur der Dinge richtig zu würdigen. Oder glaubt man wirklich dem gemeinen Leben den überspekulativen Gedanken zutrauen zu können, dass man dort über den Beweis einer Schuld, diesen Begriff losgetrennt und in Gegensatz zu der Existenzfrage der Schuld gedacht, paciscirte? Läge das im Sinn des Schuldscheins, so müsste es doch mitunter wohl zum Ausdruck ge-

3) Belege für diese Praxis s. in d. Jhrb. f. Dogm. II. S. 446 flg. III. S. 357.

langen. Nun findet man zwar in unzähligen Schuldscheinen gesagt: „und verspreche ich diese Schuld (so und so) zu zahlen.“ Wer aber hat schon einen Schuldschein gesehen, wo es am Schlusse hiesse: „und verspreche ich, diese Schuld, vorbehaltlich des Gegenbeweises, als bewiesen gelten zu lassen“—? Und was würde man sagen, wenn man Jemanden also reden hörte: „Ich stelle dir hiermit einen Schuldschein über die und die Schuld aus. Versteht sich aber von selbst, dass ich deshalb noch nicht schuldig sein und zahlen will.“ —?

Nein! das wirkliche Leben ist praktischer. Schuldigsein oder Nicht-Schuldigsein, Zahlenwollen oder Nicht-Zahlenwollen, das ist die Frage. Wer nicht zahlen will, der stellt auch keinen Schuldschein aus. Und wer einen Schuldschein ausstellt, der will auch zahlen. Thut er es, während er noch Zweifel an der Schuld hat, so will er zahlen trotz dieser Zweifel. Thut er es, ohne solche Zweifel zu haben, so will er gewiss nicht minder zahlen. Aber zahlen will er immer.

Wie übrigens jene Schriftsteller auf jenen Gedanken gekommen sind, ist nicht schwer zu erkennen. Es steht ihnen vor Augen, dass dem Aussteller des Schuldscheins doch „unbenommen bleibe, wenn er findet, dass er sich geirrt (sic!), dieses noch geltend machen zu können.“ [1]) Das Recht zu dieser Anfechtung des Schuldscheins wegen Irrthums — einer Anfechtung, welche allerdings unter Umständen einem einfachen Gegenbeweis sehr ähnlich sieht — glauben sie nun auf den der Ausstellung selbst inwohnenden Willen zurückführen zu müssen. Weil der Aussteller des Schuldscheins doch nicht unbedingt zahlen muss, sondern, wenn er später das Nöthige beweist, von der Zahlpflicht sich frei machen kann, so glauben sie an dem Verpflichtungswillen gleichsam etwas in Abzug bringen und sagen zu müssen: jener Willen kann nicht auf ein Zahlungsversprechen, sondern nur auf ein Beweisversprechen gerichtet sein; wofür sie dann auch noch in der Laiensprache, welche den Schuldschein als „Beweismittel“ bezeichnet, weil ihr für den darin liegenden formalen Verpflichtungswillen das Wort fehlt, eine Unterstützung finden. Jene Auffassung beruht auf dem nämlichen Irrthum, welchen schon die röm. Juristen zurückweisen, wenn sie sagen: die condictio indeb. sei keineswegs auf einen Contractswillen zurückzuführen. [2]) So wenig wie bei der Zahlung einer Schuld eine Willenseinigung dahin vor sich geht, dass der Zahlende das Gezahlte nach Befinden solle zurückfordern können, ihm aber trotz des Mangels dieser Willenseinigung doch, ex aequitate, die Rückforderung des indebite Gezahlten gestattet wird, eben so wenig trägt der dem Schuldschein zu Grunde liegende Willen den Vorbehalt einer Anfechtung in sich selbst; vielmehr will der Aussteller unbedingt schuldig sein. Und nicht, weil es in diesem Willen läge, sondern

1) Bruns Ztsch. f. Rechtsgeschichte B. I. S. 128.

2) l. 5 §. 3 de O. et A. 44, 7. — non potest is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur. — l. 13 §. 2 i. f. commod. 13, 6. — plerumque enim accidit, ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio nascatur, veluti quum per errorem indebitum solvendi causa datur.

obgleich es nicht darin liegt, wird ihm doch ex aequitate gestattet, das durch Ausstellung des Schuldscheins bethätigte Schuldigseinwollen anzufechten und sich von der Zahlpflicht wieder loszumachen. Aber freilich — und darin liegt der praktische Unterschied — nur innerhalb der bestimmten durch das Recht der aequitas gezogenen Schranken.

Wie diese sich erweisen, mögen folgende Beispiele darthun: Gesetzt, N. stellt dem A. folgenden Schuldschein aus:

> Ich bescheinige hierdurch dem A., dass mein Erblasser X. von ihm 100 Thlr. dargeliehen erhalten hat, welche Schuld auf mich übergegangen ist. Kassel am 1sten Januar 1867.

A. klagt nun dieses Darlehn ein. N. erwidert: er bestreite nicht, dass sein Erblasser das Darlehn empfangen habe, auch dass die Schuld auf ihn übergegangen sei. Er habe aber das Darlehn am 31sten December 1866, also am Tage vor der Ausstellung des Schuldscheins, persönlich an A. zurückgezahlt. A. bestreitet die Richtigkeit und Zulässigkeit dieser Einrede. Wie wird man entscheiden? — Die Gegner werden sagen müssen: durch sein Zugeständniss des Klaggrundes hat N. den „Beweisvertrag" erfüllt; mit seiner Zahlungsreinrede hat aber der Beweisvertrag nichts zu schaffen, folglich muss ihm deren Beweis nachgelassen werden. — Ich würde sagen: durch den Schuldschein vom 1. Januar 1867 hat N. dem A. nicht blos ein Beweismittel für die beurkundeten Thatsachen in die Hände gegeben, sondern er hat zugleich den Willen ausgedrückt, das fragliche Darlehn auch noch am 1. Januar 1867 schuldig zu sein. Diesem Willen gegenüber kann die Behauptung einer vorgängigen Tilgung der Schuld keine Stätte finden, es sei denn, unter Darlegung eines bei Ausstellung des Schuldscheins obwaltenden Irrthums. Und da nun nicht ohne Weiteres angenommen werden kann, dass N. sich am 1. Januar 1867 über eine angeblich am Tage vorher geleistete Zahlung von 100 Thlr. geirrt habe, so wird die Zahlungseinrede verworfen, und N. alsbald verurtheilt.

Ein anderer Fall: N. hat dem A. folgenden Schuldschein ausgestellt:

> Dem Herrn Restaurateur A. dahier bescheinige ich, für Mittagstisch, den ich während der Monate October bis December v. J. von ihm empfangen, . . . schuldig geworden zu sein. Kassel, den 1. Januar 1867.

A. klagt diese Schuld ein. N. sagt: er habe keinen Mittagstisch bei A. empfangen, was er am bündigsten damit beweisen wolle, dass er während der fraglichen Zeit gar nicht zu Kassel, sondern zu Paris gewesen sei. A. erwidert: allerdings habe N. bei ihm keinen Tisch gehabt, wohl aber dessen jüngerer Bruder, der in Kassel auf die Schule gehe, und für den N. mittelst des Schuldscheins die Schuld übernommen habe. N. leugnet das Alles. Welche Entscheidung? Die Anhänger des „Beweisvertrages" werden sagen müssen: der Schuldschein ist durch das Geständniss des Klägers, das N. bei ihm keinen Tisch gehabt, widerlegt. Deshalb muss nun A. beweisen, dass der Bruder des N. bei ihm den Tisch gehabt und dass N. diese Schuld mittelst des ausgestellten Schuldscheins übernommen habe. — Ich würde wiederum sofort den Verklagten verurtheilen. Und zwar deshalb, weil derselbe darüber, ob er während der

fraglichen Zeit bei Kläger den Tisch gehabt, unmöglich geirrt haben könne; mithin, wenn er für empfangenen Mittagstisch schuldig geworden zu sein erklärt, gleichwohl aber solchen Tisch nicht selbst gehabt hat, er nothwendig den von einem Dritten empfangenen Tisch gemeint haben und diesen zu bezahlen gewillt gewesen sein müsse; ohne dass es dem Gericht darauf ankommen kann, wer jener Dritte gewesen.

Der geneigte Leser möge entscheiden, auf welcher Seite er die gesundere Rechtsprechung erblickt.

Auch wird die Sache nicht etwa dadurch besser, dass man zugesteht, unter Umständen habe der Schuldschein nicht blos die Natur eines Beweisvertrags', sondern die stärkere Eigenschaft eines Schuldvertrags. Wann soll er denn die eine, und wann die andere Natur haben? [3]) Nichts aber ist für den Praktiker verwirrender, als wenn ihm zugemuthet wird, einen Unterschied aufzufinden, der absolut unerfindlich ist. Er verfällt dadurch unabweislich der Willkür.

Endlich aber würde jene Lehre, auch wenn sie sonst gar keinen Schaden stiftete, sich mindestens processualisch als höchst nachtheilig erweisen, indem sie die Schuldurkunde aus dem s. g. ersten Verfahren des Processes hinausdrängt und in das Beweisverfahren verschiebt.

Um sofort die Sache im Concreten zu veranschaulichen, stelle ich die Frage: wie soll denn nun in dem von mir angeführten zweiten Rechtsfalle A. seine Klage stellen? Sagt er: „der Verklagte hat von mir Mittagstisch empfangen", so leugnet N. dies, und wenn auf geforderten Beweis A. den Schein producirt, so führt N. sofort Gegenbeweis durch den Beweis seines alibi, und der Process geht verloren. Sagt dagegen A. in der Klage: „der Bruder des Verklagten hat bei mir den Tisch gehabt, und der Verklagte hat für ihn zu zahlen versprochen", so stellt nun auf das Leugnen des Verklagten der Richter diese Thatsachen zu Beweis, und wenn dann zur Beweisführung der Schein vorgelegt wird, so sagt der Richter: „dieser Schein lässt jene Thatsachen nicht erkennen, denn er lautet so, als ob Verklagter selbst den Tisch gehabt, was Kläger gar nicht behauptet hat; deshalb ist mit diesem Schein der Beweis nicht erbracht". Aber auch unterstellt, der Richter setzte sich über eine normale Beweisbeurtheilung mittelst der von Bruns empfohlenen freieren Beweis-

3) Unger (Jahrbücher für Dogmatik Band VIII. Seite 209) versteht sich dazu, — was stets sehr dankenswerth ist — ein Beispiel aufzustellen. Folgender Schuldschein: „Ich bekenne dem A. aus einer Darlehnsschuld meines Erblassers, welche ich hiermit als zu Rechtbestehend anerkenne, 100 schuldig zu sein, und verspreche hiermit, dieselben zu bezahlen" — soll ein verpflichtendes Schuldanerkenntniss sein. Wenn aber die gesperrten Worte fehlen, dann soll nur ein Beweisvertrag vorliegen. Der Unterschied zwischen beiden Scheinen (ich will sie Schein 1 und 2 nennen) ist m. E. nur der, dass Schein 1 die Andeutung enthält, wie bereits Zweifel an der Richtigkeit der Schuld bestanden, diese aber mittelst Ausstellung des Scheines aufgegeben seien. Vom Standpunkt dieser Zweifel würde hiernach der Schein 1 später nicht mehr angefochten werden können. Aber eben so wenig der Schein 2 vom Standpunkt solcher Zweifel, die bereits bei seiner Ausstellung erweisbar bestanden hätten. Und umgekehrt würde wegen eines (ausserhalb jener Zweifel) der Ausstellung zu Grunde liegenden Irrthums der Schein 1 nicht minder anfechtbar sein, als der Schein 2. Beide stehen hiernach rechtlich einander völlig gleich. Schein 2 enthält die im Schein 1 ausdrücklich ausgesprochene Anerkennung von selbst in sich.

theorie hinaus, und sagte: „nachdem ich den Schein gesehen, kommt es mir auf die zu Beweis gestellten Thatsachen gar nicht mehr an, und ich erachte nun den Beweis der Schuld für erbracht“: dann frage ich: wozu dann erst im Vorverfahren die ganze Erörterung der speziellen thatsächlichen Verhältnisse, wenn es doch nach dem Inhalt des Scheins auf diese nicht ankommt? Und kann man denn wirklich zweifeln, dass jene Art der „Beweisbeurtheilung“ eigentlich doch nur auf die Unterschiebung eines anderen Klaggrundes hinausläuft, indem der Inhalt des Scheines den ursprünglichen Klaggrund nicht erweist, sondern ersetzt? Und wenn dies der Fall, warum denn den Schein nicht von vornherein als Grundlage der Klage anerkennen, statt ihn hinten in das Beweisverfahren zu verweisen, wo dann naturwidrig ihm doch die nämliche Rolle zugemuthet wird? 4) Hätte man deshalb doch, wenn man einmal sich processualisch ausdrücken wollte, statt von einem „Beweisvertrage“ von einem „Schuldbegründungsvertrage“ gesprochen! Aber freilich, ein Schuldbegründungsvertrag wäre nichts anderes, als ein Schuldvertrag. Denn was eine Schuld selbständig begründet, ist Schuldgrund.

Hiernach muss ich den „Beweisvertrag“ für einen verfehlten Gedanken erachten. Und wenn Bruns dieser Schrift das Verdienst zuweist, „unbewusst“ für eine „bessere Beweistheorie“ gewirkt zu haben, so muss ich meinerseits erklären, wie ich den ganzen Werth dieser Schrift nur darein setzen kann, dass sie gegen den unrichtigen Begriff von Beweisen, welchen Bruns vertritt, ankämpft, und dass sie zeigt, wie man von den darin behandelten Rechtsgeschäften — um mit Gajus zu reden — zu sagen habe: facere obligationem, non obligationis factae testimonium praebere.

§. 68.

Wechsel.

Es soll nun noch kurz gezeigt werden, wie der Wechsel sich in die dargestellte Lehre einreiht. Dabei aber brauche ich fast nur die von Anderen gewonnenen Resultate mir anzueignen. Denn hier wird das Richtige fast allgemein erkannt und gelehrt.

Es war für den Handelsverkehr Bedürfniss, eine Obligation zu schaffen, welche die Fähigkeit besass, aus dem engeren Leben zwischen zwei Personen auszuscheiden und, gleich dem Eigenthum, namentlich dem Gelde, an der allgemeinen Zirkulation der Vermögenswerthe Theil zu nehmen. Hieraus ging der Wechel hervor.

Um jenem Bedürfniss zu entsprechen, musste derselbe zunächst eine abstracte Obligation darstellen; gerade so wie schon die Römer zu einer abstracten (Formal-) Obligation greifen mussten, wenn sie den Inhalt eines Forderungsrechts selbständig in Verkehr setzen, d. h. durch Delegation auf einen Anderen übertragen wollten. Aber die Delegation war an die jedesmalige Mitwirkung des Schuldners gebunden. Auch diese Beschränkung musste für den Wechsel hinwegfallen, wenn er seinen

4) Auch die processualisch verfehlte Entscheidung bei Seuffert XVII. 162, im Gegensatz zu der richtigen XVI. 255, ist eine Frucht der hier bekämpften Theorie.

Zwecken entsprechen sollte; es musste für ihn eine Uebertragungsweise gefunden werden, welche die Forderung eben so selbständig, wie die Delegation, eben so unabhängig von dem Willen des Schuldners, wie die Cession, dem Dritten zuwendete. Eine solche Uebertragung gewährt das Indossament. Endlich war es nöthig, die Obligation, welche den Realwerth von Geld möglichst annähernd vertreten sollte, mit der grössten processualischen Strenge auszurüsten.

Die processualische Strenge der Wechselobligation kann, als lediglich dem Process angehörig, hier ausser Acht bleiben. Desgleichen die besondere Form, an welche die Wechselobligation gebunden ist; wenn gleich diese Form auch für das Wesen der Sache insofern von Bedeutung ist, als ohne sie, namentlich ohne Anknüpfung der Wechselobligation an ein Stück Papier, der Wechsel gar nicht zur Ausübung seiner rechtlichen Natur gelangen könnte. Charakteristisch für das innere Wesen der Wechselobligation bleiben hiernach nur folgende Eigenschaften: die abstracte Natur und die Indossationsfähigkeit.

Die erstere Eigenschaft (nach Thöl die Eigenschaft des „Summenversprechens", s. o. S. 128) ist keine dem Wechsel ausschliesslich angehörige. Er theilt sie mit der röm. Stipulation und dem modernen Schuldschein. Wie bei diesen ist in ihm das einfache Versprechen [1]) zum selbständigen Vertrage erhoben; wodurch der, auch hier unabweisliche, Rechtsgrund des Versprechens in das Verhältniss der causa zurücktritt. So wie hierdurch der Wechsel fähig wird, in alle diejenigen Beziehungen zu treten, welche überhaupt abstracte Vermögensübertragungen zu bestimmen geeignet sind, und unabhängig von diesen ein Forderungsrecht zu begründen, so muss er auch andererseits wegen Mangels der causa den nämlichen Anfechtungen, wie alle anderen abstracten Vermögenszuwendungen, unterliegen. Nur übt auf die Art und Weise, wie diese Anfechtung zur Geltung kommt, die zweite oben erwähnte Eigenschaft einen entscheidenden Einfluss aus.

In der Indossationsfähigkeit des Wechsels erweist sich eine Eigenschaft der Wechselobligation, kraft deren diese zu allen anderen (römischrechtlichen) Obligationen in Gegensatz tritt. Zufolge dieser Eigenschaft erscheint die Wechselobligation nicht mit einer bestimmten Person, sondern mit dem jezeitigen Inhaber des Wechsels eingegangen. Gleichsam das Papier ist der Gläubiger und der Inhaber dessen selbständiger Repräsentant. Nur genügt nicht (wie bei der Schuldverschreibung au porteur) die blosse Innehabung, sondern es bedarf für den Wechselgläubiger eines in gewissem Masse legitimirten Besitzes. Diese Legitimation wird durch das Indossament beschafft.

Zufolge dieser Natur der Wechselobligation tritt diese und die ihr zu Grunde liegende causa in ein Verhältniss entschiedener Trennung. Nur da, wo die Wechselobligation von demjenigen geltend gemacht wird,

1) Ein solches ist nicht allein in der Ausstellung eines eigenen Wechsels und dem Wechselaccept, sondern auch in der Ausstellung einer Tratte und dem Indossament enthalten; in diesen jedoch nur versteckt und bedingt, dahin gehend, dass der Trassant (Indossant) zahlen werde, wenn ein Dritter Zahlung weigere.

welchem gegenüber das der Wechselverpflichtung zu Grunde liegende Causalverhältniss besteht, kann ein Mangel der causa als Einrede gegen die Wechselobligation geltend gemacht werden. 2) Wo dagegen der Wechsel im Wege des Indossaments auf einen Dritten übergegangen ist, und nicht ausnahmsweise dieser Dritte sich die Uebertragung der seinem Autor gegenüber begründeten Einreden auf seine Person gefallen lassen muss, 3) wird die Wechselobligation in der Hand dieses Dritten von jeder Einrede aus einem Mangel des Causalverhältnisses frei. Das Wechselversprechen nimmt die Natur eines Stipulationsversprechens an, welches auf Anweisung des A. der Promittent B. einem Dritten X. geleistet hat. So wie hier die mangelnde causa stipulationis nicht dem Dritten X., sondern nur dem A. gegenüber im Wege der Condiction geltend gemacht werden kann (S. 77), so begründet auch die mangelnde causa der Wechselobligation nur eine Condiction auf Ersatz des dadurch herbeigeführten Vermögensverlustes wider denjenigen, in Verhältniss zu welchem dieselbe eingegangen wurde.

Einrede, wie Condiction, sind aber in diesen Fällen ganz nach den obigen Grundsätzen zu begründen. Ist also der Wechsel für eine als bestehend anerkannte Schuld gegeben, so müssen dieselben nach den Grundsätzen der cond. indeb. begründet werden; so wie auch der Trassat, wenn ihm durch den Avisbrief bekannt gemacht ist, dass der Wechsel für ein Guthaben des Trassanten auf ihn gezogen sei, und er hierauf acceptirt hat, anderweite Deckung nur nach den Grundsätzen der cond. indeb. fordern kann.

Ist dagegen der Wechsel für einen anderen Zweck, z. B. für eine dagegen auszutauschende Geldsumme (Darlehn) gegeben, so kann von einer verpflichtenden Anerkennung nicht die Rede sein, vielmehr wird die Frage, ob das Geld wirklich dafür gegeben sei, stets einfachem Beweis und Gegenbeweis unterliegen. Enthält der Wechsel selbst die Bescheinigung „Valuta erhalten“, so wird jedenfalls der Wechselaussteller den Beweis zu führen haben, dass, dieser Erklärung ungeachtet, der Wechsel anticipirt, d. h. ohne vorgängige oder gleichzeitige Zahlung des Geldes begeben sei. Würde dieser Beweis geführt, oder enthielte der Wechsel selbst die Erklärung „Werth in Erwartung“, so würde der Beweis, dass die Geldzahlung gleichwohl (nachträglich) erfolgt sei, vom Wechselempfänger geführt werden müssen. Der Einwand mangelnder causa würde sich also in diesem Falle zu einer reinen exceptio non numeratae pecuniae gestalten, welche dem Gegner die Beweislast zuwälzt, und welche solchergestalt nicht minder dem Wechsel als dem Schuldschein gegenüber das Bedürfniss einer positiven Befristung in sich trägt. Die Frage endlich, wer den Beweis zu führen habe, wenn der Wechsel gar nichts über Empfang oder Nicht-Empfang der Valuta enthält, und nun Streit obwaltet, ob gleichzeitig

2) Die processualischen Bedingungen, unter welchen diese Einrede im Wechselprocess zulässig, bleiben hier natürlich ausser Betracht.

3) Es kommen hier namentlich die beiden Fälle in Betracht, dass der Indossatar den Wechsel nur für Rechnung des Indossanten einklagt, oder dass derselbe bei Erwerb des Wechsels um die dem letzteren gegenüberstehende Einrede gewusst hat, diese Einrede sich also aus dem Gesichtspunkt einer exc. doli gegen ihn fortsetzt.

gegen Hingabe des Wechsels auch die Hingabe des Geldes wirklich erfolgt sei oder nicht, hängt genau mit der oben S. 52 Note 14 erörterten Frage zusammen. Im Sinne der Allg. D. Wechselordnung, welche die Bescheinigung „Valuta erhalten“ nicht für den Wechsel fordert, damit aber doch gewiss nicht beabsichtigt, gegen jede Wechselverbindlichkeit, von der feststeht, dass sie zwecks gleichzeitigen Austausches mit der Gegenleistung eingegangen worden, eine stets liquide Einrede offen zu halten, dürfte auch in diesem Falle der Beweis vom Wechselaussteller zu übernehmen sein.

Welche causa aber (subjectiv) der Wechselobligation zu Grunde liege, und dass dieses Causalverhältniss gerade dem zeitigen Wechselinhaber gegenüber bestehe, darüber wird im Leugnungsfalle jederzeit der Wechselschuldner, welcher aus dem Mangel der causa eine Einrede entnehmen will, Beweis zu führen haben. [4])

Capitel XII.

§. 69.

Klage auf Anerkennung. [a]

Zum Schluss soll hier eine Frage berührt werden, welche in neuerer Zeit ebenfalls die Praxis zu bewegen angefangen hat. Wie wir oben (S. 59) gesehen, hat der Gläubiger ein Recht darauf, dass mittelst der Zahlung zugleich seine Forderung anerkannt werde. Es fragt sich, hat unter Umständen der Gläubiger auch ein Recht auf diese Anerkennung allein, d. h. noch ehe er die wirkliche Leistung begehren kann? Und hat der Schuldner ein analoges Recht auf Anerkennung, dass seine Schuld erloschen sei?

Ein solches Recht auf Anerkennung würde im Fall deren Verweigerung eine Klage voraussetzen. Die auf eine solche Klage ergehende Verurtheilung

4) Diese Besprechung des Wechsels weicht durch etwas veränderte Darstellung und Hinweglassung einiger Erörterungen am Schluss von der in der ersten Auflage enthaltenen ab, und zwar deshalb, weil über eine Grundfrage, welche man nach der inzwischen eingetretenen Entwickelung der Praxis als eine zweifelhafte und streitige ansehen darf, hier weder kurzweg abgesprochen werden sollte, noch ausführlich eingegangen werden konnte. Es ist dies die Frage über die Natur des Wechsels in erster Hand. Eine völlig consequente Durchführung der Idee des Wechselinstituts würde es mit sich bringen, auch hier schon die Wechselobligation als eine von der Person des Inhabers völlig getrennte und deshalb mit keiner Exception, die nicht zugleich als Klage zu begründen stände, behaftete anzusehen. Die Praxis hat jedoch zu einer strengen Durchführung dieses Gedankens nicht überall sich entschliessen können, so dass danach der Wechsel in erster Hand gewissermassen nur die Natur eines qualificirten Schuldscheins annimmt. Es lässt sich allerdings nicht leugnen, dass häufig Wechsel nur in diesem Sinne (d. h. gar nicht zu dem Zwecke, ein Courspapier zu schaffen) gegeben und genommen werden. Die Lösung der Frage ist eine schwierige und zweifelhafte, da sich legislatorische Gründe nach jeder Seite hin anführen lassen.

[a] Die Klage auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses hat freilich jetzt durch §. 231 der CPO. für ganz Deutschland Geltung gewonnen. Aus diesem Paragraphen ersieht man aber, wie dafür erst gekämpft werden musste.

würde aber, wenn sie auf Anerkennung des Rechtsverhältnisses durch den Verklagten gerichtet wäre, insofern etwas Ueberflüssiges enthalten, als das Urtheil selbst nach der heutigen Bedeutung der res judicata schon ein Surrogat dieser Anerkennung abgäbe. Dem Rechte auf Anerkennung würde daher eine Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses entsprechen;[1]) und die obige Frage lässt sich daher auch so fassen: giebt die verweigerte Anerkennung eines Rechtsverhältnisses[2]) einen Grund ab, auf dessen Feststellung Klage zu erheben?

Das römische Recht scheint eine solche Klage nicht zu kennen. Wenigstens pflegt die Theorie zu lehren, dass nur auf eine bereits fällige materielle Leistung geklagt werden könne, wofür man sich auf eine Reihe von Gesetzen beruft.[3]) Die Praxis ist im Allgemeinen dieser Theorie gefolgt. Nur einzelne dürftige Schöpfungen auf jenem Gebiete (provocatio ex lege diffamari, Klage auf Ausstellung einer Quittung etc.) haben eine allgemeinere Anwendung gefunden.

Wer aber mit praktischem Rechtssinne in das Leben schaut, wird nicht verkennen, dass es in vielen Fällen ein dringendes, ja unabweisliches Bedürfniss ist, den Bestand eines Rechtsverhältnisses an und für sich, und ehe noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden, in rechtliche Gewissheit zu setzen, indem nur danach die Betheiligten ihre Handlungsweise ohne Gefahr wesentlicher Verluste bestimmen können. Wo ein solches Interesse nur auf einer Seite besteht, da wird eine gegenüberstehende Weigerung, den Streit zur Entscheidung zu bringen, in der Regel nur auf den Zweck, aus der Ungewissheit des Rechts auf Kosten des Gegners Nutzen zu ziehen, d. h. auf eine Chicane hinauslaufen. Nicht selten werden aber auch, wenn sie ehrlich streiten, beide Parteien ein gleiches Interesse haben, jenen Streit sofort auszutragen. Man denke nur z. B. an den Fall, dass der Endpunkt einer noch laufenden Wohnungsmiethe streitig ist, wo Miether und Vermiether an der sofortigen Entscheidung des Streites gleich interessirt sind, damit ersterer wisse, ob er eine neue Wohnung, letzterer,

1) So erkannte das OAG. zufolge einer Klage, wonach der Verklagte seine Unterschrift unter einer im Besitz des Klägers befindlichen Urkunde gewaltsam hinweggerissen, nicht auf Ausstellung einer neuen Urkunde, sondern „dass es bei Erklärung des Verklagten, die — mit urkundlicher Genauigkeit in das Urtheil aufgenommene — Urkunde unterschrieben zu haben, zu belassen sei". Faber c. Goldberg 1838. [Vergl. auch Seuffert IV. 115.]

2) Die Frage kann auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen gestellt werden, weil sie in der That für persönliche und dingliche Rechte in gleichem Masse besteht. Wenn man öfters sagt: „die dingliche Klage sei auf Anerkenntniss des dinglichen Rechtes, die persönliche Klage aber auf die einzelne Leistung gerichtet" (Savigny V. S. 90.), so ist dies mindestens nicht genau ausgedrückt. Auch das dingliche Recht kann nur geltend gemacht werden mit Beziehung auf eine concrete Verletzung, und rücksichtlich dieser Verletzung entsteht für dingliche, wie für persönliche Klagen der nämliche Zweifel, ob sie schon in der verweigerten Anerkennung des Rechtes enthalten sei, (ob also z. B. die rei vindicatio wider den Besitzer erhoben werden könne, auch wenn der Kläger dem Verklagten das Recht auf den Besitz kraft Niessbrauchs oder Pachtvertrags vorerst noch zugestehen will).

3) §. 2 J. de V. O. 3, 15; §. 25 J. de inut. stip. 3, 19. l. 35 de jud. 5, 1; l. 186 de R. J.; l. 9 pr. de R. C.; l. 44 §. 1 de O. et A. 44, 7. [Vergl. jedoch auch l. 40 ad leg. Aquil. 9. 2.]

ob er einen neuen Miethsmann zu suchen habe. Man denke ferner, dass zwischen dem Handelsherrn und seinem früheren Commis, welcher bei Conventionalstrafe versprochen hat, nach seinem Austritt binnen gewisser Zeit in kein gleichartiges Geschäft zu treten, Streit entsteht, ob ein bestimmtes Geschäft, in welches der Commis jetzt eintreten will, unter diese Kategorie falle; wo offenbar letzterer das dringendste Interesse hat, diese Frage entschieden zu sehen, ohne dass er durch wirklichen Eintritt sich der Conventionalstrafe preisgiebt.

Den besten Beleg aber für das praktische Bedürfniss und den Drang des Rechtsgefühls bildet der Umstand, dass, allen theoretischen Schwierigkeiten zum Trotz, in mehreren grösseren deutschen Landen (Sachsen, Württemberg, Baden) Klagen der gedachten Art, theils durch die Praxis eingeführt und ausgebildet, theils sogar gesetzlich anerkannt sind. [4])

Sollte denn das römische Recht für jenes Bedürfniss keine Befriedigung gekannt haben, so dass es für das heutige Recht als theoretische Grundlage dienen könnte? — Auch hier dürfte aus der Stipulationslehre die Lösung zu entnehmen sein. Wir finden zunächst in l. 41 de judiciis (5, 1) von Papinian das allgemeine Princip ausgesprochen:

In omnibus bonae fidei judiciis, quum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Aehnlich besagt l. 38 pr. pro soc. (17, 2): (Paul. ad. Sab.) Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit, sive generalia sunt, veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae, sive specialia, veluti mandati, commodati, depositi.

Es fragt sich, was hier unter „cautio" verstanden sei. Während schon die Glosse (ad d. l. 41) darunter eine nuda promissio begriff, hat man später öfters, weil man den Werth der Stipulation als processualischen Sicherungsmittels verkannte, ausschliesslich an eine satisdatio gedacht. [5]) Dieser Gedanke scheint unberechtigt. Mochte auch nicht selten für die künftige Leistung eine satisdatio begehrt werden können, [6]) so mochte doch eben so oft nur eine processualische Sicherung in Frage stehen, welche durch nuda promissio geleistet wurde. Man braucht sich hierfür nicht auf den allgemeinen Ausspruch in c. 3 de verb. et rer. sign. (S. 5) zu berufen; es genügt, auf l. 63 §. 4 pro socio hinzuweisen, wo eine Caution der fraglichen Art geradezu als nuda promissio bezeichnet

4) Ackermann, Rechtssätze aus Erk. des OAG. zu Dresden S. 116. Sarway, Monatsschr. für Rechtspfl. in Württemberg XIII. S. 370, XV. S. 161 flg. Seuffert II. Nr. 27, 55, 249. III. Nr. 204, 264, 290, 304, 305, 306, 307, 352. 383. VI. Nr. 319, 320. IX. Nr. 22, 165. XIV. Nr. 5, 145. XVII. Nr. 208. — Die Badensche Processordnung vom 12. April 1851 besagt (§. 278): „Auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten kann auch ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung geklagt werden, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt oder der Kläger ein rechtliches Interesse bei der alsbaldigen Entscheidung hat."

5) Bartol. ad. l. 41 cit. („ne sit vanum consilium hujus legis"). Cujac Observ. 17, 37.

6) Z. B. l. 31 pr. de reb. auct. 42, 5. l. 24 §. 2 solut. matr. 24, 3.

wird. Auch in l. 1 §. 2 de usur. redet der nämliche Papinian von einer solchen Cautionsleistung unter Verhältnissen, wo man gewiss nicht an eine materielle Caution denken wird. [6a])

Weitere Stellen, in denen der hier fraglichen Cautionsleistung erwähnt wird, finden sich nicht selten. [7]) Dahin gehört auch die Klage auf cautio defensum iri; [8]) denn sie lief materiell darauf hinaus, die Regresspflichtigkeit des Verklagten für eine noch nicht bezahlte Schuld des Klägers festzustellen. Auch dem Kläger konnte zur Sicherung des Rechtsverhältnisses vom judex eine Caution aufgelegt werden, wenn der Verklagte nur gegen eine noch zurückstehende Gegenleistung zu leisten schuldig war. [9]) Ferner bietet für die fragliche Cautionsleistung das beneficium cedendarum actionum eine Parallele dar. Da, zumal im späteren Recht, in den Fällen eines Anspruchs auf Cession fast durchweg auch utiles actiones gegeben wurden, so hatte der daneben beibehaltene Anspruch auf ausdrückliche Cession [10]) lediglich den Zweck, dass die Legitimation zur Verfolgung des Anspruchs formell festgestellt (anerkannt) werde.

Die Klage auf Cautionsleistung ist in den obigen Stellen auf die bonae fidei judicia beschränkt, da nur in diesen dem judex die Macht zustand, die Elemente der bona fides freier zu berücksichtigen. [11]) Auch fielen hierunter namentlich diejenigen Rechtsverhältnisse, bei denen es nach ihrer Entstehung aus den Principien der aequitas vorzugsweise ein Bedürfniss war, ihren Inhalt in den sichernden Schutz des jus strictum überzuführen. Zugleich gaben jene Cautionen ein Mittel ab, um die Nachtheile der processualischen Consumtion zu vermeiden; wofür gerade bei den bonae fidei actiones ein grösseres Bedürfniss vorlag, weil bei diesen stets die einzelnen Leistungen als Ausflüsse einer einzigen untheilbaren Obligation betrachtet wurden. [12])

6a) Vergl. auch l. 61 de V. S. l. 6 §. 1. ut legat. 36, 3. l. 45 pr. de procur. 3, 3.

7) Man vergleiche: l. 27 i. f. pro socio; l. 19 fam. herc.; l. 47 §. 2. de peculio. — l. 16 de her. pet.; l. 13 §. 5 de pign. et hyp.; l. 12 qui satisd. cog. — l. 27 §. 4 de R. V.; l. 5 §. 6; l. 12 §. 5 ad exhib.; l. 4 §. 1 de eo quod certo loco.

8) l. 45 §. 2 mand. 17, 1. l. 45 de fidejus. 46, 1. l. 28 de donat. 39. 5.

9) l. 26 de aed. ed. 21. 1. l. 43 de H. P. 5, 3. — Bei uns pflegt in solchen Fällen erkannt zu werden: „dass Verklagter gegen Leistung etc. zu zahlen schuldig sei“. Diese Verurtheilung in ihrer bedingten Fassung nähert sich sehr einem Ausspruch welcher lediglich ein Rechtsverhältniss feststellt.

10) l. 1 §. 13 u. 14 de tut. et rat. 27, 3. — Savigny Obl. R. I. S. 240 flg., S. 253 flg.

11) Savigny V. S. 463.

12) Vergl. l. 76 §. 1 de V. O. und Keller, Lit. Cont. §. 58. — Wenn also der Verpachter im Laufe der Pacht auf eine fällige Pachtgeldrate Klage erhob, so erhielt er die Formel auf: quidquid Num. Num. dare facere oportet ex fide bona. Durch diese incerta intentio wurde die ganze Pachtobligation in judicium deducirt, so dass daraus (wenn nicht etwa eine besondere praescriptio vorgesorgt war; Gaj. IV. §. 131) eine neue Klage nie wieder erhoben werden konnte. Hier bot sich nun der Ausweg, dass der judex den Verklagten anhielt, für die noch nicht fälligen Leistungen zu caviren, wodurch der Kläger die Stipulationsklage erhielt. Dass wirklich so verfahren sei, zeigt deutlich l. 71 §. 1 de leg. I. — Daraus dürfte auch l. 24 §. 2 u. 4 loc. cond. (19, 2) zu erklären sein. Das dort erwähnte „statim agere“ können wir nach Analogie der l. 45 de fidej. dahin erläutern: Agere quidem posse, sed ex justa causa ad officium judicis

Dem hiernach gewonnenen Princip gegenüber, dass im Bereiche der bonae fidei judicia auch vor Fälligkeit der materiellen Leistungen ex justa causa auf formelle Feststellung durch Stipulation geklagt werden könne, nehmen die oben (Note 3) citirten Stellen eine beschränkte Bedeutung ein, indem sie theils nur von stricti juris actiones reden, theils den sehr begreiflichen Satz ausdrücken, dass die materielle Leistung selbst nicht vor Eintritt des für sie bestimmten Zeitpunktes begehrt werden könne. [13])

Für uns besteht nun der Unterschied zwischen bonae fidei und stricti juris actiones nicht mehr. Alle Klagen sind nach den freien Grundsätzen der ersteren zu behandeln. Damit fällt für das heutige Recht jene Beschränkung hinweg. An die Stelle der sichernden Stipulation tritt aber bei uns die Anerkennung, welche dann wiederum, als Gegenstand einer Klage gedacht, in dem Judicat selbst ein Surrogat findet. Das Princip der l. 41 de judic., in unser heutiges Recht übertragen, bedeutet also: es kann auch vor dem Verfalltag der Leistung auf Anerkennung (Feststellung) des Rechtsverhältnisses „ex justa causa" geklagt werden.

Was die Möglichkeit betrifft, den Nichtbestand einer Obligation zum Gegenstand einer Anerkennungs- oder Feststellungsklage zu machen, so haben wir oben gesehen, dass schon im römischen Recht solche Klagen gegeben waren, um eine ope exceptionis unwirksame Obligation zur formellen Auflösung zu bringen, Klagen auf Liberation. [14]) Mochten auch diese Klagen zum Theil dem Umstand ihre Entstehung verdanken, dass sie ursprünglich das einzige Anfechtungsmittel der formell bestehenden Obligation bildeten: genug, sie wurden später, als der Schutz durch Exception längst keinem Zweifel mehr unterlag, sogar gegen Widerspruch aufrecht erhalten (S. 75).

Sowohl die Theorie, als die Praxis pflegt den heutigen Fortbestand dieser Klagen anzunehmen [15]). Damit scheint mir aber entweder zu viel, oder zu wenig geschehen. In der heutigen Rechtsauffassung ist für die römische Exception der Charakter des unsicheren Rechts völlig verschwunden. Für uns sind z. B. die Fälle, wo ein noch von keinem Theile erfüllter Kaufvertrag wegen heimlicher Mängel der Sache (ope exceptionis), und wo ein solcher wegen eingetretener Resolutivbedingung

pertinere, ut domino (colono) caveatur. Dass, wenn der eine Contrahent die Pacht vor deren Ende thatsächlich aufhebt, der andere ein wohlbegründetes Interesse hat, sofort die rechtliche Fortdauer des Pachtverhältnisses festgestellt zu erhalten, liegt auf der Hand.

13) Vergl. auch Huschke in der Ztschr. für Civ.-R. u. Pr. Bd. 20 S. 161 flg.

14) Vergl. die S. 75 Note 3—5 u. S. 86 Note 9, 10 cit. Stellen; ferner l. 16—18 de lib. leg. 34, 3; l. 30 §. 1 de usu leg. 33, 2; l. 10; l. 15 §. 9; l. 24 §. 5 loc. cond. 19, 2, l. 29 §. 1 de aed. ed. 21, 1. — Auch kann hierher der Anspruch auf Restitution gerechnet werden, wo dieser lediglich gegen den Bestand eines Rechtsgeschäfts gerichtet wird.

15) Vergl. Savigny V. §. 254. — Die von B. W. Pfeiffer (pr. Ausf. III. Abh. 3) gelehrte Verjährbarkeit der Einrede ist nur denkbar, wenn Exception und Klage concurriren.

(ipso jure) als ungültig behauptet wird, dergestalt gleichartig, dass ein grösseres Bedürfniss, die Anfechtung in dem ersteren Falle auch mittelst Klage, in dem letzteren nur mittelst Einrede zuzulassen, durchaus nicht besteht. Eine solche Unterscheidung läuft auf einen für uns völlig bedeutungslosen Romanismus hinaus. Man wird vielmehr, wie ich glaube, entweder sagen müssen: bei dem heutigen Charakter des Exceptionenrechts ist überall kein Grund mehr vorhanden, zur Beseitigung einer schon unwirksamen Obligation eine Klage zuzulassen. Damit würden alle jene Klagen aufhören; wir würden vollständig auf den Standpunkt gelangen, den Pomponius in l. 9 §. 3 quod met. c. vertrat (S. 75). Oder man kann sagen: an die Stelle der Unsicherheit der römischen Exception tritt bei uns die Unsicherheit, welche aus der Zweifelhaftigkeit der Beweisführung und Rechtsanwendung hervorgeht; und auf Fälle dieser Art ist das im römischen Recht an die vorgedachten Verhältnisse geknüpfte Klagrecht zu übertragen. Die letztere Alternative scheint mir nicht nur dem praktischen Bedürfnisse, sondern auch dem Geiste des römischen Rechts [16]) in höherem Masse zu entsprechen.

Aber auch diese Klagen wird man nicht blindlings, sondern nur da, wo ein wirkliches Bedürfniss vorliegt, also, wie l. 41 de judic. besagt, „ex justa causa" zulassen.

Was nun diese justa causa anbelangt, so lassen sich hierfür schwer allgemeine Regeln geben. Es wird zunächst Aufgabe der Praxis sein, in dieser Beziehung die Lehre auszubilden. Theoretisch kann man nur etwa mit Donell [17]) auf die Analogie der l. 21 de interr. in jure verweisen: „ut dicamus, ubicunque judicem aequitas moverit, aeque oportere interponi stipulationem jussu judicis". Oder man kann sich die Regel aneignen, welche für einen anderen Fall, wo ex justa causa Bestimmung getroffen werden soll, dahin gegeben wird: Sed haec neque passim admittenda sunt, neque destricte deneganda, sed a Praetore causa cognita temperanda. [17a]) Am wenigsten erscheint es gerechtfertigt, den Richterspruch da zu verweigern, wo beide Theile darauf einverstanden sind, dass das streitige Recht gerichtlich festgestellt werde, sei es, dass sie im Process selbst dieses Einverständniss erklären, oder dass sie sich im Voraus darüber vertragsmässig geeinigt haben. [18])

Vergleichen wir diese Resultate mit denen der Praxis, so finden wir den beim OAGericht zu Dresden geltend gewordenen Grundsatz dahin bestimmt: [19]) „Es kann auch vor Eintritt der Bedingung oder der Verfallzeit eine Klage auf Anerkenntniss eines Rechtsverhältnisses ange-

16) Finden wir doch in diesem schon Uebergänge nach jener Richtung (vergl. S. 109 N. 11 u. S. 87 N. 14); wie denn auch aus der Anwendung des pact. de non pet. zur Liberation (S. 101 Note 5) hervorgeht, dass es sich dort nicht lediglich um den Gegensatz von Exception und strictum jus handelte.

17) Comm. ad l. 5 de V. O.

17a) l. 13 u. l. 10 de proc. 3, 3.

18) Vergl. l. 3 pr. ut in poss. leg. 36, 4: Si is, a quo satis petitur, offerat cognitionem, et dicat: hodie constet de fideicommisso, hodie agamus, dicendum est, cessare satisdationem, quum possit ante de fideicommisso, quam de satisdatione constare. — l. 1 §. 9 ut legat. 36, 3.

19) Ackermann, Note 4 cit.

stellt werden, vorausgesetzt, dass der Beklagte das künftige Recht des Klägers abgeleugnet hat. Jedoch soll hierbei noch ein Ermessen des Richters stattfinden, damit nicht Processe geführt werden, welche wahrscheinlicher Weise vergeblich sind".

Die hieraus ersichtliche genaue Uebereinstimmung der auf praktischem und theoretischem Wege gefundenen Resultate kann beiden Theilen zur Befriedigung gereichen. Ist aber die dargestellte Theorie richtig, so kann sie dazu dienen, die Praxis, wo sie bereits in gedachter Art besteht, zu befestigen, wo sie noch nicht besteht, ihr zum Durchbruch zu verhelfen. [20])

§. 70.

Schluss.

Die hiermit beendigte Schrift lässt sich als ein Versuch bezeichnen, der Stipulationslehre praktische Bedeutung zu geben. Dieser Versuch ist unternommen nicht aus Liebhaberei für römischen Formalismus, sondern, wie die Ausführung bewiesen haben dürfte, im Interesse des lebendigen, des materiellen Rechts; freilich aber in der Ueberzeugung, dass dem materiellen Recht nicht damit geholfen wird, wenn man es der schützenden Formen entkleidet, und dass für die richtige Erkenntniss des lebendigen Rechts nichts heilsamer wirkt, als ein Zurückgehen auf dasjenige Recht, welches nun einmal auf unsere Zustände den bedeutendsten Einfluss geübt hat.

Möchte man den Werth der dargestellten Lehre an ihren Früchten erkennen. Möchte man des wohlthätigen Schutzes, den sie über das gesammte Obligationenrecht zu verbreiten vermag, inne werden, und vor Allem sich überzeugen, dass sie dem Rechte entspricht, wie es im Volke lebt. Kaum eine andere Lehre ist wichtiger, als diese; fast jede Gerichtssitzung ruft Fragen aus ihr hervor.

Täusche ich mich nicht, so ist die Praxis bereits in einem Uebergang zu dieser Lehre begriffen. Viele Zeichen deuten darauf hin. Ob aber dieser Uebergang leicht und schnell, oder schwer und langsam sich vollenden wird, möchte vornehmlich von dem Verhalten der Theorie abhängen.

Ist die dargestellte Lehre richtig, so dürfte in den Vorträgen über römisches Recht die Stipulation nicht mehr als antiquirt zu übergehen, sondern in den hier fraglichen Beziehungen sorgfältig darzustellen, daran aber eine Betrachtung der sichernden Rechtsgeschäfte des heutigen Rechts — Anerkennungsverträge, oder wie man sie sonst nennen mag — anzureihen sein. Insonderheit wäre die Schuldurkunde nicht mehr allein den Processualisten zu überlassen, so wenig als man die Wirksamkeit eines schriftlichen Testaments in die Darstellung des Processes verweist. In jener Lehre würde dann auch der Germanist den Begriff des „Summenversprechens" wiederfinden, dessen er zum Verständniss des Wechselrechts bedarf.

20) In Kurhessen, wo einer widerstrebenden Praxis gegenüber die Zulässigkeit der s. g. Anerkennungsklagen seit 1863 durch Gesetz ausgesprochen ist, haben sich dieselben seitdem vortrefflich bewährt.

Ist endlich die dargestellte Lehre richtig, so möchte damit von Neuem ein Beleg gegeben sein, wie das römische Recht auch in manchen bisher weniger beachteten Beziehungen für die heutigen Verhältnisse Bedeutung gewinnen kann; wie dasselbe jener Via Appia gleicht, die in ihren unerschütterlichen Fundamenten noch immer die Grundlage abzugeben im Stande ist, auf welcher das lebende Geschlecht sicher und bequem seine Wege wandeln mag, wenn nur der Schutt der Jahrhunderte hinweggeräumt wird.

§ 71.

Erfolg der Lehre.

(Nachtrag zur dritten Auflage 1894.)

Diese Schrift kann das Verdienst für sich in Anspruch nehmen, der Rechtswissenschaft einen neuen Bereich von Gedanken erschlossen zu haben. Dass diese Gedanken bis dahin unerkannt geblieben waren, hat seinen Grund darin, dass es in unserer Wissenschaft überhaupt an Initiative des Denkens fehlt. Alljährlich werden Tausende von Schuldscheinen ausgestellt. Seit wir eine deutsche Rechtswissenschaft haben, sind auch Hunderttausende von Juristen über die Bühne gegangen. Ist es da nicht wunderbar, dass nicht einer dieser Juristen auf den Gedanken gekommen ist, dass in der Ausstellung eines Schuldscheins ein Wille lebendig sei, der dessen Hingabe und Annahme zu einem Rechtsgeschäft stempele, und dass es Aufgabe der Rechtswissenschaft sei, die Natur dieses Rechtsgeschäfts zu erkunden?

Es soll hier der Versuch gemacht werden, den Verlauf, den seit Veröffentlichung dieses Buches die darin enthaltene Lehre in der Wissenschaft genommen hat, darzustellen. Bei der grossen Fülle von Literatur, die sich daran geknüpft hat, und bei der grossen Menge der einschlagenden gerichtlichen Entscheidungen ist diese Aufgabe allerdings nicht ganz leicht zu lösen. Es werden hier nur die namhaftesten Erscheinungen erwähnt werden können.

Einer der ersten Rechtslehrer, der die Bedeutung der Lehre richtig erfasst hat, war Brinz. In einer Besprechung des Buches (in Zarncke's Centralblatt) sagte er zum Eingang: „Dass die Stipulation den Römern grosse Dienste geleistet hat, weiss jeder. Dass man an ihr auch für die heutigen Verhältnisse manches lernen könne, hat mancher geahnt. Sie ins Deutsche übersetzt, d. h. sie praktisch nutzbar gemacht, hat zuerst der Verfasser dieses Buches“. Danach hat dann auch Brinz die Lehre von den „Schuldscheinforderungen“ und „Abrechnungsschulden“ seinem Lehrbuch der Pandekten eingereiht und daran bis zu seinem Ende festgehalten.

Arndts, der in einer ersten Besprechung des Buches allerhand Bedenken geäussert hatte, hat sich später in seinem Lehrbuche der Pandekten (5. Aufl. 1865, 7. Aufl. 1872) im Wesentlichen mit dessen Lehre einverstanden erklärt. Seine darauf bezüglichen Bemerkungen finden sich in den §§ 233 N. 7 und 240 N. 4.

Windscheid hat von Anfang an der Lehre seine Aufmerksamkeit zugewandt. In den älteren Auflagen seiner Pandekten behandelt er sie gelegentlich unter der Rubrik „Erfüllungsversprechen“. In den neuern Auflagen hat er unter den „Verträgen zum Zweck rechtlicher Feststellung“ die „Anerkennung“ als selbständigen Abschnitt aufgenommen, wobei er auch dem Schuldschein einen besonderen Paragraphen widmet. Es ist Windscheid offenbar schwer geworden, sich mit der Lehre zurechtzufinden. In den früheren Ausgaben schwankt er zwischen Zustimmung und Ablehnung, wobei er auch mitunter sich selbst wieder abfällig wird. Auch noch seine letzte Darlegung bezeugt in ihren Eingangsworten: „Die Lehre von der Anerkennung ist noch keine fertige“ — dass jedenfalls er selbst mit der Lehre nicht ganz fertig geworden war. Indessen geht offensichtlich sein Streben dahin, sich dem Inhalt dieser Schrift möglichst anzuschliessen. Nur in einzelnen Wendungen seiner Begründung treten noch die ihm eigenthümlichen theoretischen Bedenken hervor. In den praktischen Endergebnissen kann man ihn im Wesentlichen als zu der hier vorgetragenen Lehre übergegangen ansehen.

Für den 8. Juristentag (1869) war die Frage aufgestellt worden:

> Soll das deutsche Obligationenrecht die verbindliche Kraft des Anerkennungsvertrags aufnehmen, und wie ist dieses Rechtsgeschäft zu regeln?

Jhering hatte über diese Frage Bericht erstattet und dabei folgende Sätze aufgestellt:

1. Ein auf blosses „Schuldig sein“ oder die Zahlung einer Geldsumme (oder eines sonstigen Gegenstandes) gerichteter Vertrag hat bindende Kraft ohne Angabe des Schuldgrundes.
2. Eine Einrede gegen diese Verpflichtung steht dem Schuldner nur nach den Grundsätzen der römischen Condictionentheorie zu.
3. Soweit die Intention der Parteien nicht auf das Gegentheil gerichtet war, hat der Gläubiger die Wahl, ob er aus dem Schuldversprechen oder den ihm zu Grunde liegenden Geschäft klagen will.

Ferner waren für den 8. Juristentag Gutachten eingezogen von Richard Koch (damals Stadtgerichtsrath in Berlin) und Professor Götz in Leipzig. Auch diese beiden gelangten zu Anträgen ganz im Sinne dieser Schrift.

Für den 9. Juristentag (1871) war die Sache abermals zur Verhandlung gestellt. Jhering vertrat seine Sätze, nicht allein de lege ferenda, sondern auch als bestehendes Recht, mit der ihm eigenthümlichen Lebendigkeit. Aus den für den Juristentag erstatteten Gutachten ist besonders das des (damaligen Privatdocenten) Dr. Eck hervorzuheben, das in sehr lichtvoller Weise die Annahme der Sätze befürwortete. Interessant war auch das gleichfalls die Sätze billigende Gutachten des Dr. Dugge (Senators in Bützow). Er führte in langer Reihe die verschiedenen möglichen Arten von Schuldscheinen auf und stellte bei jedem dieser Scheine die Rechtsgelehrten zusammen, die diese Art des Schuldscheins für zureichend, für bedingsweise zureichend oder für unzureichend zur Begründung einer Forderung erklären; ein Bild der furchtbaren auf diesem Gebiete damals herrschenden Verwirrung. Auch wird in sehr ergötzlicher Weise

ausgemalt, welche verschiedene Richtersprüche der Inhaber eines Schuldscheins zu gewärtigen habe, je nachdem der Richter nach der einen oder der anderen Ausgabe von Windscheid entscheide.

Die Abtheilung des Juristentages nahm die Jheringschen Sätze mit geringer Fassungsänderung an.

Stobbe hat in seinem Handbuch des deutschen Privatrechts (§ 167) unter Bezugnahme auf das ältere deutsche Recht die Lehre vom Anerkennungsvertrage, ganz dieser Schrift entsprechend, sich angeeignet.

Auch Planck trägt in seinem Lehrbuch des deutschen Civilprocesses § 63 die Lehre vom „aussergerichtlichen Geständniss" ganz in Uebereinstimmung mit dem Inhalte dieser Schrift vor.

Dernburg, der gleich nach Erscheinen dieses Buches eine (auf Missverständniss beruhende) abfällige Kritik darüber veröffentlicht hatte, hat im Laufe der Zeit eine andere Ansicht gewonnen. In seinem (zuerst im J. 1886 erschienenen) Pandektenlehrbuch behandelt er die „Anerkennung" im Allgemeinen zunächst in Bd. 1 § 84 übereinstimmend mit dieser Schrift. „Der Anerkennungsvertrag wird als Verpflichtungsgrund betrachtet". Sodann bespricht er in Bd. 2 § 22 die „abstrakten Obligationen"; (ein Begriff, der auch früher der Wissenschaft unbekannt war). Dabei sagt er: „Es ist zulässig, Obligationen auf bestimmte Leistungen ohne Abhängigkeit von ihrem Schuldgrunde zu begründen. Nur muss der hierauf gerichtete Wille der Betheiligten feststehen. Dies ist namentlich der Fall, wenn man in Gemässheit einer Abrechnung eine bestimmte Summe zu schulden erklärt. Das Gleiche gilt von der Anerkennung der Schuld einer gewissen Summe". In einer Note fügt er hinzu: „Seit Bähr diese Auffassung vertheidigte, hat sie stetig an Anhängern gewonnen. An das justinianische Recht lässt sich freilich die Anerkennung abstrakter Versprechen nicht anknüpfen. Wenn aber das gemeiue Recht die Klagbarkeit obligatorischer Verträge schlechthin anerkennt, warum sollte nicht der übereinstimmende Wille der Kontrahenten die Kraft haben, auch abstrakte Verbindlichkeiten in das Leben zu rufen? Und wenn man das nicht als entscheidend ansieht, so liegt jedenfalls eine aus dem Rechtsleben und dessen Bedürfnissen hervorgegangene Bildung vor, die in der Anschauung des Lebens wurzelnd sich auf Grund der Schrift von Bähr und durch deren Einfluss auf Theorie und Praxis frei entwickelt hat".

Eine erfreuliche Erscheinung bietet der jüngst erschienene erste Band der „Pandekten" von Regelsberger. Bei Besprechung des Inhalts der Rechtsgeschäfte behandelt er das „Anerkenntniss" in sehr klarer und ansprechender Weise. Es ist wohl nicht zu zweifeln, dass Regelsberger demnächst im Obligationenrechte auch dem Anerkennungsvertrage die ihm gebührende Stellung einräumen wird.

Noch sei hier erwähnt, dass auch Seuffert's Archiv von Anfang an sehr freundlich zu der Lehre sich gestellt und für deren Verbreitung nach Kräften gewirkt hat.

Freilich hat es auch nicht ganz an Gegnern gefehlt. Der von Bruns aufgestellte „Beweisvertrag" ist schon oben (§ 67) besprochen worden. Es giebt auch solche, die vor dem Gedanken einer „abstrakten Obli-

gation“ ein Kreuz schlagen. Es besteht eine Ansicht, die in der Anerkennung überhaupt kein vertragsartiges Element unseres Rechtes erblicken will, und ferner eine Ansicht, die die Lehre vom „Anerkennungsvertrag“ für überflüssig erachtet, da ja schon die Grundsätze über die Möglichkeit, eine abstrakte Obligation zu begründen, ausreichten. Auch an den von mir aufgestellten römisch-rechtlichen Grundlagen hat man zu rütteln versucht. Endlich bestehen zahlreiche Mittelmeinungen. Bei allen diesen Gegnerschaften habe ich den Eindruck gewonnen, als ob sie auf einem ungenügenden Verständniss dessen, was ich will, beruhten; wobei ich dahin gestellt sein lasse, ob die Schuld dafür an mir oder an den Andern liegt. Ich möchte dabei nur bemerken, dass meine Ziele durch und durch praktische sind; auf Namen und Theorien lege ich keinen selbständigen Werth.

Schweben auch unsere Theoretiker zum Theil noch in Zweifeln, so hat sich doch in der gemeinrechtlichen Praxis die Lehre von der Anerkennung und namentlich vom Anerkennungsvertrage nach manchen Schwankungen und manchen Beirrungen durch ihr abgeneigte Theoretiker jetzt durchgearbeitet. Unsere Präjudizienbücher sind voll von Entscheidungen, die das mehr oder minder bestimmt erkennen lassen. Statt Aufzählung alles Frühern will ich hier nur auf ein in dem vorletzten Hefte von Seufferts Archiv (Bd. 49 Nr. 93) mitgetheiltes Urtheil des Reichsgerichts, und zwar des dritten (gemeinrechtlichen) Senates Bezug nehmen. Nicht minder erkennt ein Urtheil desselben Senates vom 16. Febr. 1892 (Seuffert, Bd. 48, 23) in den Entscheidungsgründen die verpflichtende Kraft des Anerkennungsvertrags unbedingt an, wenn auch ein solcher für den fraglichen Fall in den behaupteten „allgemeinen Aeusserungen“ (m. A. n. ganz richtig) nicht gefunden wurde. In einer Entscheidung des ersten Civilsenats vom 21. April 1894 wird die Abrechnungslehre ganz in Uebereinstimmung mit dieser Schrift vorgetragen. In gleicher Weise wird in einer Entscheidung des obersten Landesgerichts für Baiern vom 14. Mai 1891 (Seuffert Bd. 42, 42) der Anerkennungsvertrag besprochen.

Alle diese Entscheidungen lassen an Bestimmtheit des Ausspruchs nichts zu wünschen übrig. Danach kann die Lehre ihrer Hauptrichtung nach in der gemeinrechtlichen Praxis als völlig gesichert gelten.

Schwieriger ist es dieser Schrift geworden, mit ihrer Darlegung von der Natur des Darlehnsscheines und der Quittung und der damit zusammenhängenden Lehre von der exceptio non numeratae pecuniae durchzudringen. Wenn man mit geschichtlicher Kenntniss und zugleich mit praktischem Blick für die Lebensverhältnisse, wie sie sich übereinstimmend bei den Römern und bei uns entwickelt haben, in die Sache eindringt, so ist sie ja nicht allzu schwierig. Die Römer sagten: eine Stipulation, die in Austausch gegen eine Geldzahlung zur Sicherung der Rückzahlung eingegangen wird, kann nicht in Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit (ex causa präcedente) erfolgt angesehen werden. Sie erübrigt also nicht den Beweis, dass die Schuld auch materiell begründet sei. Ist als materielle Grundlage der Schuld eine Geldzahlung angeführt, so wirkt die Stipulation nur in Verbindung mit dem Beweise,

dass das Geld auch wirklich gezahlt sei. Diesen Beweis musste naturgemäss (quia negantis naturali ratione probatio nulla est) der Gläubiger führen. Um ihn hierzu zu nöthigen, musste aber der Schuldner der formalen Kraft der Stipulation gegenüber sich eine Exception erwirken: die exceptio doli oder — als in factum concepta — die exceptio n. n. p. Die Exception nöthigte also den Gläubiger, trotzdem dass er die Stipulation für sich hatte, die erfolgte Geldzahlung zu erweisen. Die formale Kraft der Stipulation wurde dadurch (vorläufig) beseitigt. Dieselbe Lehre wandte man ohne Zweifel auch bei der Acceptilation an; und man wandte sie ferner an, als später die Stipulation in die Stipulationsurkunde, die Acceptilation in die Quittung überging. In den Augen der Römer war bei diesen Akten das Wesentliche das Zahlungsversprechen und die Erklärung der Freigebung. Daneben konnte in der Urkunde die Erklärung, Geld empfangen zu haben, enthalten sein oder auch nicht enthalten sein. (Dass auch noch heute Urkunden letzterer Art vorkommen können, dafür verweise ich auf die unten in VII des Anhangs beigefügte Anmerkung 23a.) Enthält nun die Urkunde diese Erklärung, so hindert nichts, dadurch den Beweis der Geldzahlung bis zur Erweisung des Gegentheils für geführt anzunehmen. Unsere Stellen sagen nur, dass die Stipulation den Inhaber der Urkunde nicht von dem Beweise der Geldzahlung befreie; weiter nichts. Die Stellen, welche zuerst das Verhältniss der exceptio n. n. p. erwähnen (l. 2 §. 3 de doli except. und Gajus 4 §. 116), bezeichnen ausdrücklich mit den Worten: si quis crediturus pecuniam stipulatus est, si stipulatus sim pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, die Stipulation als für eine noch bevorstehende Zahlung eingegangen.

In ihrem praktischen Sinne erkannten aber die Römer, dass die durch die exceptio n. n. p. eröffnete Frage, ob Geld auf die Urkunde gezahlt sei, leicht zu trügerischen Ergebnissen führe. Es konnte bei Hingabe der Urkunde vom Stipulanten Geld nicht gezahlt sein und doch hatte die Urkunde ihre Richtigkeit. Das Geld konnte nachträglich vom Stipulanten bezahlt sein, oder es konnte durch Vermittelung eines Dritten gezahlt sein, oder es konnte die Urkunde in Anerkennung einer bestehenden Schuld oder einer vorausgegangenen Schuldtilgung ausgestellt sein. Denn dass der Darlehnsschein schon zur klassischen Zeit bei den Römern dazu diente, eine bestehende Schuld in sich aufzunehmen, wissen wir aus dem Zeugniss Ulpians in l. 15 D. de reb. cred. Diese an die Frage der Geldzahlung sich knüpfenden Täuschungen führten dahin, dass die Römer den Satz aufstellten: nach Ablauf einer gewissen Zeit (post multam temporis) solle die exceptio n. n. p. gar nicht mehr zugelassen werden; d. h. es sollte die Frage der Geldzahlung ganz ausgeschlossen sein. Diese Ordnung der Sache hatte die praktische Erfahrung für sich, dass in solchen Verhältnissen die Menschen eine gewisse Zeit lang ehrlich bleiben, später aber, wenn die Sache verdunkelt ist, in die Versuchung kommen, schlechte Einwendungen zu machen. Man konnte überdies den Schuldner, der wirklich in Erwartung einer Geldzahlung die Urkunde hingegeben, das Geld aber nicht empfangen hatte, durch

Gestattung einer zeitigen Protestation schützen. Mit der Ausschliessung der Exception trat die Stipulation wieder in ihre formale Kraft ein. Die Urkunde begründete nun die Entstehung (Tilgung) der Schuld unbedingt. (Natürlich blieb sie daneben wegen etwaiger Mängel einer causa praecedens anfechtbar.)

Unsere modernen Juristen haben aber diesen Zusammenhang nicht zu erkennen vermocht. Weil sie sich eine Schuldurkunde oder Quittung gar nicht anders, als in der Form einer Empfangsbescheinigung denken konnten, und weil vor ihren Augen das in der Schuldurkunde enthaltene Zahlungsversprechen und die in der Quittung enthaltene Freigabe völlig verschwand, so haben sie aus dem Satze, dass die exceptio n. n. p. den Inhaber der Urkunde zum Beweise der Geldzahlung nöthige, den Satz gemacht: „Empfangsbekenntnisse beweisen eine gewisse Zeit lang nichts.“ Schon die Achtung, die man vor dem praktischen Sinn der Römer haben muss, hätte vor dieser Verkehrtheit bewahren sollen. Weil es nun aber gar zu unbegreiflich war, dass eine Urkunde, die eine Zeit lang gar nichts beweisen sollte, nach Ablauf dieser Zeit ganz unbedingt beweisen sollte, und weil man die Gründe, die zu der Einschränkung der Exception auf eine gewisse Zeit geführt hatten, nicht erkannte, so sagte man weiter: „Nach Ablauf der Zeit muss doch wenigstens Gegenbeweis gegen die Urkunde gestattet sein“. Mit Zulassung dieses Gegenbeweises verfiel man aber allen den Truggebilden, denen die Römer durch die zeitliche Begrenzung der Exception entgehen wollten. Eine Lehre, die die Römer gerade in dem Sinne einer Sicherung des Urkundenverkehrs auszubauen bemüht gewesen waren, hat man aus Missverständniss in ihr volles Gegentheil verkehrt.

Die grosse Mehrzahl unserer Theoretiker ist bis auf den heutigen Tag dabei verblieben, dass nach römischem Recht Darlehnsscheine binnen zwei Jahren, Quittungen binnen 30 Tagen „nichts beweisen“! Es wird an dem phantastischen Gebilde eines „Beweis-Beneficiums“, das G n e i s t in einer Jugendschrift aufgestellt hatte, festgehalten. Nach Ablauf jener Zeit soll dann allerdings die Urkunde „beweisen“, aber der Gegner soll sie durch seinen Gegenbeweis „die Nichtzahlung des Geldes“ unwirksam machen können.

Nur ein Schriftsteller erhebt sich in gewissem Masse über diesen Standpunkt. D e r n b u r g sagt in Bd. 2 §. 54 seiner Pandekten: „Quittungen sind im modernen Verkehr keineswegs bloss Beweismittel über empfangene Z a h l u n g e n. Sie werden nicht minder regelmässig in Fällen anderer Abfindung des Gläubigers, insbesondere auch eines Schulderlasses ausgestellt. Quittungen bilden also A n e r k e n n t n i s s e d e s G l ä u b i g e r s ü b e r d i e B e f r e i u n g d e s S c h u l d n e r s. Zur Entkräftung einer Quittung genügt folgerecht nicht die Erbringung des Beweises, dass die Schuld nicht gezahlt ist, etwa durch Zuschiebung eines Eides über diese Frage. Der Gläubiger kann sie vielmehr durch d i e s e n Beweis nur entkräften, wenn feststeht, dass er die Quittung um einer Z a h l u n g w i l l e n ausstellte, die nicht erfolgt ist“. Damit wäre freilich der Quittung geholfen. Um so auffallender aber ist es, dass Dernburg bei Besprechung des Darlehns

(§. 87 N. 9) ganz die gewöhnliche Lehre von der exceptio n. n. p. mit Bezugnahme auf Gneist vorträgt, während doch Dahrlehnsschein und Quittung in der fraglichen Beziehung völlig parallel gehen.

Von Herrn Professor Dr. Regelsberger bin ich übrigens ermächtigt, zu erklären, dass er auch in Betreff der exceptio n. n. .p. sich ganz zu meinem Standpunkte bekenne und dementsprechend in der Fortsetzung seiner Pandekten diese Lehre darstellen werde.

Noch sei hier erwähnt, dass ein italienischer Jurist, Cesare Facelli in Rom, in einer besonderen Schrift: „L'exceptio non numeratae pecuniae“ (Turino 1886) die hier fragliche Lehre in Anschluss an die diesseitige Darstellung bearbeitet und seiner Schrift eine italienische Uebersetzung von dem Anhang dieses Buches beigefügt hat.

Für die deutsche Praxis ist die Hälfte der Noth, die ihr die moderne Lehre von der exceptio n. n. p. bereitete, dadurch geschwunden, dass zuerst Art. 295 des HGB. für das Handelsrecht und dann auch §. 17 des EG. zur CPO. allgemein den sinnlosen Satz, dass Empfangsbekenntnisse eine Zeit lang nichts beweisen, beseitigt hat. Die andere Hälfte der Noth aber, die in der unbegrenzten Zulassung des Gegenbeweises, „dass kein Geld gezahlt sei“, liegt, ist bestehen geblieben. Auch unsere Gesetzgeber haben dafür keinen Sinn gehabt.

Das, was bei den Römern Rechtssitte war, ist es auch bei uns. Auch bei uns kommen unzählige Darlehnsscheine und Quittungen vor, die auf eine geschehene „Geldzahlung“ Bezug nehmen, während die Berichtigung der Valuta in ganz anderer Weise erfolgt ist. Ich habe diese Verhältnisse bereits oben (§. 62, 62a) eingehend geschildert und weiss dieser Schilderung nichts hinzuzufügen, als dass ich in den 40 Jahren, seitdem ich sie niederschrieb, sie noch vielfach durch die Thatsachen bestätigt gefunden habe. Für die Theorie scheint aber diese Schilderung ohne Eindruck geblieben zu sein, weil sie sich allzusehr in das Gebiet der Thatsachen verlor. Und die Praxis hatte nicht die Kraft, aus sich selbst heraus etwas zu schaffen. So ist es denn bei den beklagenswerthen Erscheinungen, zu denen die unbegrenzte Zulassung des „Gegenbeweises“ führt, geblieben.

Zum Belege hierfür möge eine Anzahl Entscheidungen des Reichsgerichts dienen.

Grundsätzlich spricht sich über die Bedeutung der Quittung der 3. Senat des Reichsgerichts in einer Entscheidung von 1880 (Seuffert Bd. 36, 104) aus. „Die Quittung ist an sich nur Beweismittel über die Geldzahlung. Sie kann auch ein auf Aufhebung der Obligation gerichteter Akt sein; dann ist sie eine in Form der Anerkennung ausgesprochener Erlassvertrag. Eine solche Wirkung kann aber der Quittung nur zukommen, wenn der Erlasswille unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist, oder sich aus den Umständen mit Nothwendigkeit ergiebt“. Ich habe mich über diese Entscheidung schon in den von mir herausgegebenen „Urtheilen des Reichsgerichts“, S. 23 flg., ausgesprochen, worauf ich hier Bezug nehme.

Eine gleiche Entscheidung des 3. Senats wird mitgetheilt bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. 2, 432 und RGE. Bd. 14, 58.

Eine weitere Entscheidung des 3. Senats von 1885 geht dahin: Ist ein Schuldbekenntniss in der Voraussetzung späterer Zahlung gegeben, so hat der Inhaber des Bekenntnisses zu beweisen, dass die Zahlung später erfolgt ist (Bolze Bd. 2, 1608).

Auch die landrechtlichen Senate folgen ganz dieser Richtung.

„Ist die Quittung oder das Schuldbekenntniss vor der Geldzahlung ausgestellt, so muss der Inhaber der Urkunde beweisen, dass nachträglich das Geld gezahlt sei.“ (Entsch. d. 4. und 5. Senats bei Bolze Bd. 1, 392; Bd. 2, 895.)

Der Verklagte legt eine Quittung von 1880 vor, worin steht, dass das Geld von ihm gezahlt sei. Er tritt dann auch noch Beweis darüber an, dass sein Vater im J. 1874 die Forderung bezahlt habe. „Da hiernach der Inhalt der Quittung vom Verklagten selbst als unrichtig bezeichnet ist“, wird die Quittung verworfen. (Entsch. des 5. Senats, 1885: Bolze Bd. 1, 390.)

„Da der Beklagte zugegeben hat, dass die quittirte Forderung nur theilweise durch baare Zahlung getilgt sei, so hat nach allgemeinen Grundsätzen der Beklagte die Hergänge zu beweisen, in welchen der Erlass liegen soll.“ (Entsch. d. 4. Senats 1887; Bolze Bd. 4, 261.)

„Da in der Quittung baare Zahlung bekannt ist, waren ALR. I, 16 §. 113, 114 nicht anzuwenden. Immerhin stand dem Schuldner gegenüber dem Beweise, es sei Zahlung nicht erfolgt, der Nachweis offen, die Quittung sei ausgestellt, weil die Forderung erlassen sei.“ (Entsch. d. 4. Senats 1887; Bolze Bd. 5, 226.)

Es ist ein wahres Glück, dass der aus diesen Entscheidungen sich ergebende Missstand in weiteren Kreisen nicht bekannt ist, sonst würde noch weit mehr Unglück daraus hervorgehen. Bekanntlich wird auf die meisten Hypothekenbriefe das Geld erst nachträglich (nachdem der Gläubiger den Hypothekenbrief geprüft hat) ausbezahlt. In allen diesen Fällen könnte es der Schuldner durch den Beweis, dass zur Zeit des Hypothekenbriefs das Darlehn noch nicht ausgezahlt gewesen sei, dahin bringen, dass der Gläubiger die nachträgliche Auszahlung des Geldes erst noch beweisen müsste. Was das zu bedeuten hätte, braucht hier nicht ausgeführt werden.

Es soll hier nicht verschwiegen werden, dass manche Gerichte nicht ganz unempfindlich gegen diese Missstände gewesen sind. Sie haben Versuche gemacht, ihnen zu begegnen. Das gefährlichste Beweismittel zur Führung des Gegenbeweises wider die Urkunde ist ohne Zweifel die Eideszuschiebung. Durch sie stellt der Beweisführer die Nichtzahlung des Geldes fest, und sagt dann: Alles Uebrige geht mich nichts an. Nun haben mitunter Gerichte in diesem Falle die Eideszuschiebung für unzulässig erklärt, weil „Gegenbeweis“ überhaupt nicht durch Eideszuschiebung geführt werden könne. (Vergl. die Entscheidungen des ROHG., Seuffert Bd. 27, 20; des O. Tr. zu Berlin, Seuffert Bd. 31, 188; Bd. 34, 198.) Diese Aufstellung ist aber doch theoretisch sehr anfechtbar und geht auch praktisch über das Ziel hinaus. Das Zeugniss einer Urkunde über die geschehene Geldzahlung begründet für diese nur eine Vermuthung, gegen welche der Gegenbeweis auch durch Eideszuschiebung gestattet sein muss.

(§. 16 Nr. 1 des EG. zur CPO.) §. 411 der CPO. passt auf diesen Fall gar nicht. — Ferner hat man auch dadurch zu helfen gesucht, dass man dem Inhaber der Urkunde gestattet hat, den von ihm angenommenen Eid in erweiterter Fassung zu schwören, (z. B. dass die Forderung auf Grund geleisteter Zahlungen und Verrechnung sonstiger Forderungen quittirt sei“; Entsch. des OAG. Berlin bei Seuffert Bd. 26, 122). Das alles aber sind künstliche Auskunftsmittel, die schwer durchzuführen sind. Auch liegt kein Zeugniss darüber vor, dass das Reichsgericht von ihnen Gebrauch gemacht habe. Die dem Besitzer der Urkunde günstigere Entscheidung des 5. Senats bei Bolze, Bd. 7, 200 steht zu vereinzelt da, als dass man in ihr einen zureichenden Schutz finden könnte. Die Sache ist hiernach in einer trostlosen Lage.

Werfen wir nun einen Blick auf das preussische Recht und die Frage, wie sich die Praxis der preussischen Gerichte zu der in dieser Schrift enthaltenen Lehre gestellt hat. Das Landrecht ist in seiner Gesammtrichtung viel zu vernünftig, als dass es etwas enthalten könnte, was positiv dieser Lehre entgegenstände. Es enthält sogar, wie Eccius sagt, positive Vorschriften, die die Wirksamkeit des abstrakten Verpflichtungswillens anerkennen oder anzuerkennen scheinen. Auch der Gedanke, dass der Darlehnsschein und die Quittung noch etwas anderes bedeuten, als ein blosses Zeugniss über eine geleistete Geldzahlung, hat dem Verfasser des Landrechts offenbar vorgeschwebt. In §§. 732, 733 I. 11 wird bei der Lehre vom Darlehn gesagt: der Schuldschein begründe die Vermuthung für die Richtigkeit alles in ihm Enthaltenen, insbesondere auch für das Geständniss der enthaltenen Valuta, so lange nicht bei der Instruction der Sache sich finde, dass diese ganz oder zum Theil wirklich nicht gegeben sei. Der Ausdruck „erhaltene Valuta“ scheint darauf hinzuweisen, wie man sich wohl bewusst gewesen sei, dass die „erhaltene Valuta“ nicht nothwendig in einer Geldzahlung bestehen müsse.

Von der Quittung wird in §§. 104, 105 I. 16 gesagt: sie bewirke sogleich, als sie dem Schuldner ausgehändigt worden, einen Beweis der Zahlung, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Dann wird alsbald in §§. 106, 107 hinzugefügt: „Hat jedoch der Aussteller einen längeren als drei monatigen Zeitraum verstreichen lassen, ohne den Schuldner wegen nicht geleisteter Zahlung zu belangen, und die Quittung, als blos in Erwartung der Zahlung ausgestellt, zurückzufordern: so soll, in Ermangelung einer vollständigen Aufklärung der Thatsache, der Inhaber der Quittung eher zum Reinigungs-, als der Aussteller zum Erfüllungseide gelassen werden. — Auch kann der Aussteller, nach Verlauf dieser Frist, den Erben des Schuldners über nicht erfolgte Zahlung keinen Eid zuschieben.“ Das sind Bestimmungen, die offenbar von dem Gedanken getragen werden, dass die Quittung doch noch etwas anderes sei, als ein blosses Zeugniss der Geldzahlung; und dass sie gegen den Beweis der „Nichtzahlung“ eines besonderen Schutzes bedürfe, ganz in dem Geiste des römischen Rechtes, das diesen Schutz noch energischer durch gänzliche Ausschliessung der Exception nach gewisser Zeit anstrebte.

Allerdings aber hatte man zu der Zeit, als das Landrecht geschaffen wurde, keine Ahnung von einer die Lehre gestaltenden Theorie. Eine

solche fand daher auch im Landrecht keinen Ausdruck. Die preussische Praxis aber, die immer mehr dem Buchstaben des Landrechts verfiel, konnte aus sich selbst heraus nicht die Kraft gewinnen, die Lehre auszubilden. Es entsprach den Entscheidungen des Obertribunals, wenn Förster in seinem preussischen Privatrecht (Bd. 1 §. 42) unter Hinweisung auf die „im gemeinen Recht aufgestellte Ansicht von der verpflichtenden Kraft der Anerkennung" sagt: „In das preuss. Recht kann diese Auffassung nicht übertragen werden, da die Anerkennung hier nicht als Entstehungsgrund von Rechten gilt, sondern ihre Verbindlichkeit selbst aus der ursprünglichen causa debendi ablehnt, dieselbe in sich aufnehmen muss". Zwar versuchten einige preussische Juristen in veröffentlichten Aufsätzen auch die preussische Praxis auf die Lehre aufmerksam zu machen. So namentlich R. Koch [1]) in Gouchots Beiträgen, Bd. 10, 1866, und Obertribunalsrath Meyer in der Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen, 1868. Der Erfolg scheint aber gering geblieben zu sein. Es hatte hiernach etwas Ueberraschendes, dass gleich anfangs beim Reichsgericht der erste Hülfssenat zwei Entscheidungen gab, die den Anerkennungsvertrag auch im preussischen Rechte für anwendbar erklärten. (R. G. E. Bd. 2, 87, Bd. 3, 75). Dies gab einem preussischen Juristen, dem Präsidenten C. Rocholl, Veranlassung, in seinen „Rechtsfällen aus der Praxis des Reichsgerichts" (Heft 2 S. 257) die ganze, ihm selbst anscheinend noch neue Lehre ausführlich zu besprechen. Er lieferte einen vollständigen Auszug aus dieser Schrift und empfahl sie zur Berücksichtigung auch auf dem Gebiete des preussischen Rechts. So dankenswerth und erfreulich nun auch diese Arbeit war, so macht es doch einen geradezu schmerzlichen Eindruck, wenn man sieht, wie die Trennung der preussischen und der gemeinrechtlichen Wissenschaft dahin geführt hatte, dass eine Lehre, die um die damalige Zeit die gemeinrechtliche Wissenschaft schon seit länger als 20 Jahren lebhaft beschäftigt hatte, innerhalb der preussischen Wissenschaft fast gänzlich unbekannt geblieben war und gewissermassen als neu entdeckt ihr vorgetragen werden konnte. Inwieweit nun die gedachten Entscheidungen innerhalb der preussischen Praxis weiter gewirkt haben, ist schwer zu beurtheilen. Eccius, der in der ersten Ausgabe seiner Bearbeitung des Förster'schen Buches den Ausspruch Försters unverändert gelassen hatte, hat in den folgenden Auflagen die Lehre in §. 76 näher besprochen. Obwohl auch er anerkennt, dass das Landrecht nichts Entgegenstehendes enthalte, so kommt er doch zu dem Ergebniss, dass „die positiven Vorschriften keinen Anhalt für die ganz allgemeine Annahme eines abstrakt wirkenden Verpflichtungswillens bieten". In der preussischen Praxis scheint man zu schwanken. Die verflpichtende Kraft der Anerkennung findet in vielen Entscheidungen der landrechtlichen Senate des Reichsgerichts einen mehr oder minder bestimmten Ausdruck (Bolze Bd. 1, 903, 904; Bd. 2, 870; Bd. 3, 583; Bd. 4, 606;

1) R. Koch hat noch in mehreren veröffentlichten Aufsätzen über den Anerkennungsvertrag und verwandte Gegenstände gehandelt und dadurch die Lehre gefördert.

Bd. 5, 546, 547; Bd. 14, 351; Bd. 15, 280, 281.) Dagegen liegt auch eine Reihe von Entscheidungen, namentlich über Quittungen, vor, die erkennen lassen, wie schwer das Nichtverständniss der Lehre auf der preussischen Rechtssprechung lastet.

In einer Entscheidung des 5. Senates (Bolze Bd. 4, 260) wird gesagt: § 104. I. 16 d. ALR. sei durch § 381 der CPO. in der Art modifizirt, dass eine Quittung nicht mehr die Zahlung beweise, sondern nur beweise, dass die in der Urkunde bekundete Erklärung von dem Aussteller abgegeben sei. Danach habe das Gericht frei zu prüfen, ob die Erklärung der Wahrheit entspreche, ebenso ob ein Gegenbeweis durch Eid ausgeschlossen sei.

Damit in Einklang steht auch eine Entscheidung des 1. Senates (Bolze, Bd. 14, 142), die gleichfalls ausspricht, dass die Vorschrift in § 104. I. 16 des ALR., wonach die Quittung, um zu beweisen, ausgehändigt sein müsse, als eine blosse Beweisregel durch die CPO. beseitigt sei, und dann aber hinzufügt: gleichwohl sei es kein Irrthum, wenn der Richter annehme, dass durch eine nicht ausgehändigte Quittung der Beweis der Zahlung nicht erbracht werde, weil der Richter die Bedeutung der Zahlung frei zu prüfen habe.

Also auch eine nicht ausgehändigte Quittung kann die Zahlung beweisen! Ob aber eine nicht ausgehändigte Quittung überhaupt etwas beweist, ist Sache freier Prüfung!

Weiter liegen folgende Rechtsfälle vor.

Eine Quittung lautet: „Hierdurch bekenne ich Herrn W., dass ich von ihm nach unserem heutigen Arrangement durch Empfang — von 422 Mark baar und einer Hypothek von 4000 Mark auf das Haus mit Zinsen und sämmtlichen Kosten befriedigt bin, und quittire mit obiger Massgabe alle meine Ansprüche aus dessen Schuldschein vom“ Darin wurde der Beweis, dass die Hypothek an Zahlungsstatt gegeben sei, nicht gefunden, weil auf ein „Arrangement“ verwiesen und die Quittung „mit der Massgabe“ ausgestellt sei (Bolze, Bd. 1, 262).

Eine Quittung lautet: „Bei dieser Gelegenheit erklären wir, dass wir aus sämmtlichen mit Herrn B. geschlossenen Verträgen, mit ihm gehaltenen Abrechnungen, für denselben ausgestellten Hypotheken keinerlei Ansprüche an denselben haben, sie mögen Namen haben, welchen sie wollen“. Das Gericht entscheidet: Das sei keine Generalquittung, weil nicht darin zum Ausdruck gekommen sei, dass sie sich auf eine gehaltene Berechnung beziehe! (Bolze, Bd. 7, 201).

Ein Haussohn hat nach erlangter Selbständigkeit gegen Zahlung einer geringen Summe sein mütterliches Erbtheil als empfangen quittirt. Der 1. Hülfssenat erkannte: Darin liege kein bindendes Anerkenntniss der getroffenen Vereinbarung über den Verzicht (Bolze, Bd. 3, 71).

Einem Schuldner hatte der Gläubiger aus Dankbarkeit für geleistete Pflege eine Kaufgeldforderung quittirt. Der hierauf gegründete Einwand wird verworfen, weil die Absicht des Erlasses durch die Quittung nicht zu einem schriftlichen Ausdruck gekommen sei (!) (Bolze, Bd. 2, 431).

Ein Schuldner des Mannes stellt auf dessen Anweisung der Ehefrau einen Darlehnsschein aus. Das Gericht erkennt: Da die Annahme der

Anweisung von Seiten der Ehefrau durch den ausgestellten Darlehnsschein nicht zum unzweideutig erkennbaren Ausdruck gebracht sei, so sei der Darlehnsschein ungültig. (Entsch d. RG. Bd. 10, 64.)

Alle diese Endscheidungen verletzen das Rechtsgefühl auf das Tiefste. Sie beruhen aber darauf, dass man von der Bedeutung des Schuldscheins und der Quittung als Rechtsacte keine Vorstellung gehabt hat.

Rechnet man hinzu die bereits oben angeführten Entscheidungen in den Fällen, wo einem Darlehnsschein oder einer Quittung mittels des Beweises, dass Geld auf sie nicht gezahlt sei, das Lebenslicht ausgeblasen wurde (Entscheidungen, bei denen man wohl auch die sehr verständigen Vorschriften in §§. 106, 107 I 16 ALR. als „blosse Beweisregeln" für beseitigt gehalten haben mag), so kann man sich eines tief schmerzlichen Eindrucks von der auf diesem Gebiete geübten Rechtsprechung der preussischen Gerichte nicht erwehren.

Wenden wir uns schliesslich zu den seit Erscheinen dieses Buches zu Tage getretenen gesetzgeberischen Arbeiten.

Zuvörderst sei hier erwähnt, dass die in §. 69 dieser Schrift befürwortete Zulassung einer Klage auf Feststellung des Bestandes oder Nichtbestandes eines Rechtsverhältnisses bereits durch §. 231 der CPO. eine gesetzliche Grundlage gefunden hat. Schon die Zulassung dieser Klage setzt die Anerkennung als bindenden Rechtsact voraus. Denn da der gerichtlichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses doch auch ein aussergerichtliches Correlat entsprechen muss, und da dieses Correlat in nichts anderem bestehen kann, als in der Anerkennung des Rechtsverhältnisses durch den dabei Betheiligten, so ergiebt sich von selbst, dass die Anerkennung als ein Rechtsact gedacht ist, der eine der gerichtlichen Feststellung analoge Wirksamkeit übt [1]).

Im Uebrigen hat der Gesetzgebung auf diesem Gebiete schon das Handelsgesetzbuch durch die Art. 294, 295, 301 vorgearbeitet.

Als vollendetes Gesetzwerk ist das Sächsische Gesetzbuch von 1863 zu erwähnen. Auch dieses hatte in §. 147 die Klage „auf Anerkennung eines Rechtes" gestattet. Es hat dann in den §§. 1397—1401 die Lehre vom Anerkenntnissvertrag, ganz der Darstellung in diesem Buche entsprechend, aufgenommen.

Weniger befriedigend nach Form und Inhalt sind die Bestimmungen, die der Baierische Entwurf eines „Rechts der Schuldverhältnisse" (1860) in Art. 21 und 22 über den Gegenstand getroffen hat. Er will die Wirksamkeit des Anerkennungsvertrags auf schriftliche Zahlungsversprechen und schriftliche Schuldbekenntnisse beschränken.

Der Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts (1865) hat in den Art. 992—996 wiederum die volle Lehre vom „Schuldanerkennungsvertrag", im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Sächsischen Gesetzbuche, dargestellt.

Ueber die rechtliche Bedeutung des Darlehnsscheines und der Quittung und einen diesem in ihrer verpflichtenden Kraft zu gewährenden

1) Ueber die Praxis, die sich an § 231 der CPO. geknüpft hat, vergl. meinen Aufsatz XVI in den „Urtheilen des Reichsgerichts".

besonderen Schutz enthalten alle diese Gesetzwerke nichts. Wenn so über Rechtsinstitute, die schon nach dem Umfange ihres Vorkommens eine so ungeheure Rolle in unserem Rechtsleben spielen, wie namentlich die Quittung, völlig geschwiegen wird, müssen einem da nicht ernstliche Zweifel kommen auch über „den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung“?

Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs erster und zweiter Lesung ist in den §§. 683, 684 (719—721) und dem §. 290 (341) dem Vorbilde der gedachten Werke gefolgt. Auch er erkennt die bindende Kraft des (abstrakten) Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses an. Er will sie aber, gleich dem Baierischen Entwurf, an eine schriftliche Erklärung binden. Nur macht der Entwurf zweiter Lesung die Ausnahme, dass bei Abrechnung und Vergleich eine schriftliche Erklärung nicht erforderlich sein soll. Von dem Darlehnsscheine und der Quittung enthält auch dieser Entwurf kein Wort. Zwischen dem Entwurfe erster und dem zweiter Lesung ist noch der Unterschied, dass jener die Lehre etwas mehr in ihren Einzelheiten ausgestalten wollte, dieser nur in allgemein gehaltenen Sätzen sie darzustellen sucht.

Was die Knüpfung der verpflichtenden Anerkennung an schriftliche Form betrifft, so ist es ja zu verstehen, was für ein Gedanke dabei zu Grunde liegen mag. Ich glaube, diesem Gedanken in folgendem gerecht werden zu können. Es ist richtig, dass ein abstractes Zahlungsversprechen, das auch seiner Form nach als solches auftritt, nur schriftlich vorkommen kann. Einen Schuldschein folgenden Inhalts:

Ich bekenne, dem A. 100 Mark schuldig zu sein.

kann man kein mündliches Zahlungsversprechen gegenüberstellen, das ihm entspräche. Man kann nicht eine Klage folgenden Inhalts erheben: „N. hat mir mündlich erklärt, dass er mir 100 Mark schuldig sei; ich bitte ihn dazu zu verurtheilen“. Mit anderen Worten: um aus einem mündlichen Versprechen als einem abstracten Klage zu erheben, muss man es als ein solches materiell qualifizieren, d. h. man muss darlegen, dass es zwecks Anerkennung einer bestehenden Schuld ertheilt sei. Wenn dies aber geschieht, dann ist kein Grund vorhanden, weshalb nicht die mündliche Erklärung verpflichten sollte.

Denken wir uns, ein Erbe, A., findet in den Aufzeichnungen seines Erblassers die Nachricht, dass N. ihm 1000 Mark schuldet. Beweise finden sich nicht vor. A. geht also zu N. und fragt ihn: „Ist die Schuld richtig?“ N. antwortet: „Jawohl, ich erkenne die Schuld an und werde sie, sobald ich Mittel gewonnen habe, abtragen.“ Soll das nicht genügen? Oder soll A. nun sagen: „Das müssen Sie mir nun auch schriftlich geben, sonst gilt es nichts?“ Das würde unter Umständen geradezu als beleidigend empfunden werden. Das Gesetz muss aber nicht die Menschen zu etwas zwingen, was die Sitte zurückstösst. Lässt man im Allgemeinen das gesprochene Wort als bindend zu, dann liegt kein Grund vor, es hier auszuschliessen. Die Angst, es könnten beiläufige Aeusserungen als „Anerkennung“ aufgefasst werden, dürfte kaum begründet sein. Von den Parteien wird ja zuweilen versucht, so etwas geltend zu machen. Die Gerichte haben aber bereits gezeigt, dass sie in dieser Beziehung zu unterscheiden wissen. (Vergl. Seuffert Bd. 42, 93 und 209; Bd. 44, 20;

Bd. 47, 27; Bd. 48, 23; Bolze Bd. 6, 445; Bd. 13, 347.) Es ist zehnmal gefährlicher, die Bürgschaft von der Schriftform freizugeben, als den Anerkennungsvertrag. Mit der dabei gemachten Ausnahme der „Abrechnung“ wird man in neue Schwierigkeiten kommen. Es wird die Frage eine Rolle spielen: Ist bei der Handlung gerechnet oder nicht? Genügt es, wenn dabei addirt ist, oder muss auch subtrahirt sein? Aber kann denn so etwas über die Gültigkeit einer Rechtshandlung entscheiden?

Richtig ist, dass verpflichtende Anerkennungsacte mündlich weit seltener vorkommen, als schriftlich. Gleichwohl wird mit dem Gebote der Schriftlichkeit der Lehre eine Fessel angelegt, an der sie leicht verkümmern kann.

Ueber Darlehnsschein und Quittung schweigt auch der deutsche Entwurf. Auch ein Satz, wie der von mir in meinem „Gegenentwurf“ als §. 729 empfohlene:

> Hat der Gläubiger, der vom Schuldner eine bindende Anerkennung erlangt hat, aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse Klage erhoben, so kann er, wenn der Verklagte den Anspruch aus diesem bestreitet, die erfolgte Anerkennung auch als Replik geltend machen,

fehlt darin. Wer in der Praxis zu Hause ist, wird wissen, wie oft diese Frage von Bedeutung wird und wie dann die Annahme einer „Klagänderung“ das Rechtsgefühl verletzt.

Ueberhaupt aber ist zu befürchten, dass die wenigen, allzu abstract gefassten Sätze, in die der Entwurf zweiter Lesung die Lehre eingekleidet hat, nicht ausreichen werden, dieser, auch innerhalb des ihr gewährten Raumes, eine gesicherte Grundlage zu geben. Wird der Entwurf Gesetz, so werden voraussichtlich alle die Irrungen, welche die oben mitgetheilten Entscheidungen aufweisen, bestehen bleiben.

Anhang.

Die exceptio non numeratae pecuniae.

Quellen: Tit. Cod. de non numerata pecunia (4, 30), hier mit h. t. citirt.

I. Allgemein gilt die exceptio non numeratae pecuniae als ein Rechtsbehelf, zufolge dessen gewisse Urkunden binnen bestimmter Frist „nichts beweisen". Alles Weitere aber ist controvers. [1]) „Weder darüber ist man einig, bei welchen Rechtsgeschäften die Einrede stattfinde, indem man sie bald auf das Darlehn und die Bestellung des Brautschatzes beschränkt, bald auf Realcontracte, blos mit Ausnahme des Depositum, ausdehnt; noch darüber, ob der Aussteller der Handschrift sich der Einrede blos bedienen könne, wenn er darin bekannt hat, das Geld auf die Handschrift erhalten zu haben, oder ob auch dann, wenn er in dem Schuldschein ausdrücklich anführt, dass ihm das Geld schon früher ausbezahlt worden sei. Ebensowenig herrscht über die Natur dieses Vertheidigungsmittels eine übereinstimmende Ansicht, indem dasselbe bald als peremtorische Einrede, bald als Beweiseinrede, bald als verneinende Einlassung angesehen wird. Auch über das Rechtsverhältniss, welches nach Ablauf der für die Einrede bestimmten Frist eintritt, sind die Meinungen sehr getheilt. Nicht wenige Schriftsteller unterscheiden zwischen einer privilegirten und nicht privilegirten Einrede, und nehmen an, dass diese auch nach Ablauf der Frist noch zugelassen werden müsse, wenn anders der Aussteller den Beweis der unterbliebenen Zahlung, wozu selbst Eidesdelation von Vielen für zulässig erklärt wird, übernehmen wolle; und mehrere Schriftsteller wollen dieselbe in diesem Falle als exceptio doli zulassen; während andere diese Unterscheidung als in den Gesetzen nicht gegründet gänzlich verwerfen, indem sie dafürhalten, dass nachher literarum obligatio eintrete, und es darauf, ob die Numeration erfolgt sei, nicht weiter ankomme. Die letztere Meinung hat jedoch bei den deutschen Gerichten wenig Eingang gefunden, womit auch die Praxis der Hessischen Gerichte übereinstimmt. Man betrachtet die Behauptung des nicht gezahlten Geldes, so lange sich der Gläubiger anderer Beweismittel als des Schuldscheins bedient, als bloses Ableugnen des Klaggrundes; wenn aber der Kläger seinen Beweis durch die Handschrift zu führen sucht, als Einrede wider die Beweiskraft der Urkunde,

1) Die folgende Darstellung entnehme ich einem Gutachten des OAG. zu Cassel v. 1839. Alle angeführten Meinungen sind darin mit mehr oder minder zahlreichen Autoren belegt.

und gestattet in diesem Falle dem Kläger nicht, zur Entkräftung des Beweises des Verklagten gegenbeweislich auf den Inhalt der Urkunde sich zu beziehen. Ist nun auch durch den Gerichtsgebrauch, welchem eine obligatio ex literis fremd ist, die eigenthümliche Bestimmung des römischen Rechts, dass der Aussteller einer Handschrift nach Ablauf der Frist unbedingt zur Zahlung verpflichtet sein solle, verschwunden, so ist doch die andere Singularität auch jetzt noch vorhanden, dass der Schuldschein, wenn auch der Aussteller darin den Empfang eingesteht, doch erst nach zwei Jahren beweisen soll, während in allen anderen Fällen die Beweiskraft der Urkunden sofort eintritt. Dieser von den gewöhnlichen Regeln abweichenden Bestimmung liegt die Idee zu Grunde, dass die Handschrift nur in der Hoffnung erfolgender Zahlung ausgestellt sei, dass aber der Gläubiger nach Einhändigung der Handschrift mit der Zahlung zurückhalten und von dem in seinen Händen befindlichen Scheine Missbrauch machen könne; und vielleicht ist auch auf die schwierige Lage des Schuldners Rücksicht genommen, wenn dieser eine Negative beweisen müsste.“

Wer möchte nach dieser Darstellung, welche ein treues Referat der in Theorie und Praxis herrschenden Anschauungen enthält, die äusserste Trostlosigkeit in dieser Lehre verleugnen wollen? Man hat ein singuläres Institut vor sich, dessen Grundsätze jeder natürlichen Auffassung widerstreben. Dasselbe bewegt sich zwischen den beiden Extremen, dass gewisse Urkunden anfangs gar nicht, später unbedingt beweisen sollen. Das Rechtsmittel aber, welches dieses bewirkt, weiss man unter keinen processualischen Gesichtspunkt zu bringen; man weiss nicht, woher es stammt, wie sich dessen Anwendung begrenzt. Dasselbe wird auf die Idee zurückgeführt, dass wohl öfters der Schuldner so unvorsichtig sei, dem Gläubiger einen Schuldschein vor Empfang des Geldes auszuhändigen. Um einen solchen unvorsichtigen Schuldner einem, möglicherweise unehrlichen, Gläubiger gegenüber zu schützen, sollen die Römer eine Lehre erfunden haben, welche jeden Gläubiger Jahre lang schutzlos hinstellt!

II. Die früheren Bearbeiter dieser Lehre dürfte jedenfalls der Vorwurf treffen, dass sie den Zusammenhang der exceptio n. n. pec. mit der Stipulation und deren Anfechtung fast gänzlich ausser Acht lassen, so dringend auch hie und da die Quellen darauf hinweisen.

Von neueren Schriftstellern ist dagegen dieser Zusammenhang erkannt worden. So namentlich von Liebe und Gneist. Zufolge ihres tiefen Eindringens in die Stipulationslehre ist ihnen die Bedeutung, welche darin die „exceptio non numeratae pecuniae“ übt, nicht entgangen; und ihrer Beurtheilung derselben in dieser Richtung könnte sich die diesseitige Ausführung im Wesentlichen anschliessen. Das Verhältniss der Exception zu Urkunden aber berührt Liebe (welcher die ganze Lehre am Schluss seiner Schrift behandelt) nur beiläufig und, wie mir scheint, ohne genügende Klarstellung. Gneist dagegen, welcher auch in letzterer Richtung die exceptio n. n. pec. sehr ausführlich erörtert, bricht den gebotenen Zusammenhang mit der Stipulationslehre dadurch ab, dass er von vornherein die Annahme aufstellt, es gebe zwei verschiedene Rechtsbehelfe unter dem Namen exceptio non numeratae pecuniae. Die eine

sei eine wahre Exception (exc. doli), wider die Verpflichtungskraft der Stipulation gerichtet, und an keine Zeitdauer gebunden; die andere dagegen (technisch querela non numeratae pecuniae genannt) sei keine wahre Exception, sondern ein gegen die Beweiskraft gewisser Urkunden gerichtetes Beweisbeneficium (S. 404). Dasselbe sei für Schuldscheine durch eine (verloren gegangene) Constitution Caracalla's um das Jahr 215 eingeführt (S. 273—276). Dessen Zeitdauer sei anfangs auf ein Jahr, später auf fünf, und schliesslich auf zwei Jahre bestimmt worden (S. 14 flg.). Durch diese exceptio werde der Gläubiger genöthigt, die Zahlung anderweit zu beweisen, ohne sich auf das Empfangsbekenntniss in der Urkunde berufen zu können (S. 1); dies sei „unbestritten und nach Lage der Quellen unbestreitbar" (S. 19). Als Grund hierfür wird (unter Missbilligung anderweit versuchter Begründungen) der Gesichtspunkt angegeben, wie es unausführbar sei, dass die Zahlung des Darlehns mit der Aushändigung des Schuldscheins an den Gläubiger Zug um Zug erfolge, wonach es eben so oft vorkomme, dass der Schuldschein vor der Zahlung ausgehändigt werde, als nachher (S. 21, 22, 278). Unrichtig sei es, von einer Umkehrung der Beweislast zu reden; der Gläubiger habe ja ohnehin die Darlehnszahlung zu beweisen; die Besonderheit liege nur darin, dass die Urkunde nichts beweise (S. 24), indem das Empfangsbekenntniss „grundsätzlich ignorirt" werde (S. 285). Die ganze Eigenthümlichkeit lasse sich auf den Satz zurückführen, dass die Beschwerde (querela) wegen Nichtzahlung der Valuta binnen einem Jahre angebracht werden solle. Alles Uebrige sei nur Consequenz daraus (S. 280, 282). — Objectiv beschränke sich die exceptio n. n. p. auf Schuldscheine über Darlehne (ohne Unterschied ob mit oder ohne Stipulationsclausel) und zwar auf solche, die nicht die Auszahlung des Darlehns auf eine bestimmte vorausgegangene Zeit setzen (S. 292). Die Ausdehnung derselben auf Quittungen, wahrscheinlich auch die auf Empfangsscheine über eine dos, rühre erst von Justinian her (S. 23, 33 flg.). Nach Ablauf der bestimmten Zeit trete die eigenthümliche Wirkung ein, dass das Empfangsbekenntniss unwiderleglichen Beweis mache, ein Resultat, welches auf die positiven Aussprüche der Gesetze zurückgeführt wird (S. 89 flg., S. 284).

Gneist hat seine Ansichten überall mit ausführlicher Benutzung der Quellen begründet. Zufolge einer umfassenden Bearbeitung der einschlagenden Materien steht er auf einem Höhepunkte, wie ihn wohl kein früherer Bearbeiter der Lehre eingenommen hat. Gleichwohl ist er in den Hauptsätzen der gemeinen Ansicht treu geblieben. Auch haben andere Schriftsteller von Bedeutung [2]) sich der Theorie Gneist's im

2) Vergl. Sintenis, Civilrecht II. S. 260 flg. (welcher jedoch schon früher [1841] in Sell's Jahrb. I. S. 254 flg. in beachtungswerther Weise über die exc. n. n. p. gehandelt hat); ferner Erxleben II. S. 179. — Heimbach (Credit. S. 642 flg.) weicht zwar in nicht unerheblichen Punkten von Gneist ab, charakterisirt aber ebenfalls die exc. n. n. p. als „zunächst und allein" nur gegen die vom Kläger zum Beweise seines Beweisthemas gebrauchten Beweismittel und Beweisgründe gerichtet", und betrachtet die Nöthigung des Klägers, „den Beweis der Numeration auf andere Weise, als durch die Production der Schuldverschreibung und Darlehns-

Wesentlichen angeschlossen. Wenn nun gleichwohl hier gewagt wird, eine neue Ansicht aufzustellen, und zwar eine Ansicht, die dem Standpunkte Gneist's so äusserst nahe lag, so bildet ohne Zweifel dieser Schriftsteller die bedeutendste Gegen-Autorität. Danach wird es sich rechtfertigen, wenn bei der weiteren Ausführung, zumal bei der Unmöglichkeit, alle gegenüberstehenden Ansichten zu berücksichtigen, vorzugsweise Gneist als Gegner behandelt wird.

III. Den Grundgedanken, welcher die Lehre Gneist's durchdringt, bildet die Doppelnatur des unter dem Namen exc. n. n. p. begriffenen Rechtsbehelfs, welche lediglich darin eine Vermittelung finden soll, dass beide Wirksamkeiten desselben in der Richtung wider eine mit Empfangsbekenntniss versehene Stipulationsurkunde zusammentreffen.

Dass es aber in der That nur eine exceptio n. n. pec. giebt, dafür spricht vorerst der Umstand, dass auch nicht die geringste Andeutung in den Quellen vorkommt, wonach unter jenem gemeinsamen Namen zwei so absolut verschiedene Dinge begriffen seien, als da sind eine wahre exceptio und ein Beweisbeneficium. — Aber sind denn nicht wirklich zwei Namen vorhanden, durch welche jene beiden Rechtsbehelfe unterschieden werden? Gneist scheint fast dies behaupten zu wollen, indem er sagt (S. 266):

„Die Einrede gegen Urkunden wird technisch querela n. n. p. genannt, wenn von ihren eigenthümlichen Wirkungen die Rede ist. Die Einrede gegen die Stipulation heisst dagegen technisch doli exceptio, und nur in besonderen Fällen wird sie einmal exc. n. n. p. genannt, wenn sie in factum concipirt werden soll; den Namen querela n. n. p. führt sie nie.“

Es will mir scheinen, als ob Gneist selbst das beste Material zu seiner Widerlegung geliefert habe. In einer äusserst gründlichen Ausführung (S. 63 flg.) weist er nach, dass das Wort „querela“ im Allgemeinen durchaus keinen technischen Charakter habe, vielmehr jedes auf Abwehrung eines Unrechts gerichtete Vorbringen bezeichne, ohne Rücksicht auf die Form, in welcher es geltend gemacht werde. „Queri non num. esse pecuniam“ heisse weiter nichts, als: „Anführen, es sei das Darlehn nicht gezahlt worden“; die technische Bezeichnung der beiden Formen, in welchen die querela stattfinde, sei „exceptio n. n. p. und contestatio“ (S. 78). — Das „Anführen, es sei das Darlehn nicht gezahlt worden“, liegt nun aber doch unzweifelhaft auch der Exception wider die Stipulation zu Grunde. Könnte es denn hiernach mehr als Zufall sein, wenn da, wo die exceptio n. n. p. in entschiedener Beziehung zu einer Stipulation steht, das ihr zu Grunde liegende Anführen nicht als „querela“ bezeichnet würde? [3])

stipulationsurkunde herzustellen“, nicht als Anomalie, sondern „lediglich als Folge der besonderen Umstände, welche die Vorschützung der Einrede begleiten.“ Ich gestehe, dass aus der Deduction Heimbach's mir nicht hat klar werden wollen, welche „besondere Umstände“ die Beweisuntüchtigkeit des Empfangsbekenntnisses zur natürlichen Folge haben sollen.

3) Diese Annahme ist jedoch nicht einmal richtig. In c. 9 h. t., wo die „exceptio in factum“ ausdrücklich einer stipulatio gegenübergestellt ist, wird gesagt: si necdum

Andererseits ist für die Exception der Stipulation gegenüber die Bezeichnung exc. non numeratae pecuniae nicht minder technisch, als exc. doli. Beide Namen unterliegen keiner willkürlichen Verwechselung, sondern bezeichnen die Exception nach ihrer verschiedenen processualischen Erscheinung, je nachdem dieselbe in der Formel auf den Rechtsbegriff des dolus oder auf die Thatsache: pecuniam non esse numeratam, gestellt war. Unter allen Umständen aber würde es durch den von Gneist versuchten Gegensatz nicht erklärt werden, wie beide Rechtsmittel in dem Namen „exceptio n. n. p." (welcher ja auch für die „querela" die „technische Bezeichnung" ihrer processualischen Geltendmachung abgeben soll) zusammentrafen.

Aber vielleicht gehören diese Namen verschiedenen Zeitperioden an? Vielleicht fand man bei der Bezeichnung des „Beweisbeneficiums" als exc. n. n. p. kein Bedenken, weil die ursprüngliche exceptio als Gegnerin der Stipulation nicht mehr zu den gangbaren Rechtsbegriffen gehörte? — Auch diese Annahme wird man aufgeben, sobald man erkennt, dass die exc. n. n. p. als Anfechtungsmittel der Stipulation durch die ganze Lehre hindurch bis auf Justinian sich hinzieht.

Die exc. n. n. p. wird zuerst als eine mit der exc. doli concurrirende exceptio in factum concepta in zwei Pandectenfragmenten von Ulpian [4]) erwähnt. Ulpian lebte bekanntlich unter Caracalla (211—217), also um dieselbe Zeit, in welche Gneist die Entstehung des Beweisbeneficiums setzt. In c. 3 h. t. — gerade demjenigen Rescripte Caracalla's, in welchem (nach Gneist) das neugeschaffene Beweisbeneficium zuerst seine Function übt — heisst es: exceptione opposita seu doli, seu non num. pecuniae. Also abermals werden hier exc. n. n. p. und exc. doli als materiell identisch aufgeführt. Soll hiernach das „Beweisbeneficium" etwa auch „exceptio doli" geheissen haben? In c. 9 h. t. (von Diocletian) wird gesagt:

— si stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum esse dandam exceptionem convenit, si necdum tempus, intra quod hujus rei querela deferri debet, transiit etc.

Hier finden wir also die exc. n. n. p. — denn als solche ist die Vertheidigung durch die Titelüberschrift und die beigefügte Befristung bestimmt erkennbar — ganz übereinstimmend hingestellt, wie sie schon bei Ulpian sich findet, als exceptio in factum der Stipulation gegenüber. — Es gehören ferner hierher die c. 6, 11 und 13 h. t., wo überall die exceptio einer stipulatio gegenüber erhoben gedacht, aber ihre Zulässigkeit wegen der zu Grunde liegenden causa praecedens verneint wird.

In den meisten übrigen Stellen, welche von der exceptio n. n. pec. handeln, liegen Ausdrücke vor, die, wenn auch nicht mit Bestimmtheit, doch mit grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit auf Stipulations-

tempus, intra quod hujus rei querela deferri debet, transiit. — In gleicher Weise wird in c. 2 de his quae vi (2, 20) die Anfechtung einer Schuldverschreibung wegen Zwanges bezeichnet: querela de chirographo, utpote per vim extorto; (offenbar die exceptio metus).

4) l. 29 mand. 17, 1. l. 4 §. 16 de doli exc. 44, 4 (S. 82).

urkunden hindeuten; so: cautionem interponere oder exponere, [5]) pecuniam cavere, promittere; [6]) cautiones foeneraticiae. [7]) Auch die Eingangsworte der c. 14 h. t.: „In contractibus“ etc. deuten durchaus nicht etwa auf einen Gegensatz von Stipulationsurkunden. [8]) Ausdrücklich bestätigt wird diese allgemeine Unterstellung durch das Zeugniss des Scholiasten Thaleläus, welcher zu c. 5 d. n. n. pec. sagt: „Man muss aber bei allen Constitutionen dieses Codextitels allgemein voraussetzen, dass eine Stipulation stattgefunden hat. Denn ohne Stipulation ist nicht einmal eine Obligation entstanden, und wie könnte man der Exception gegen eine ungültige Obligation bedürfen?“ [9])

Den gewichtigsten Beleg aber bildet §. 2 J. de except (4, 13). In §. 1 daselbst wird zunächst davon geredet: si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti promisisti, quod non debueras, und es werden für diese Fälle der stipulatio ex causa praecedente die entsprechenden Exceptionen bezeichnet. Sodann wird in §. 2 der wichtigste Fall der stipulatio ob causam, der Fall nämlich, wo die Stipulation zum Austausch mit einer Geldzahlung dienen sollte (s. oben S. 42), gegenübergestellt:

Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est; dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniae non numeratae te defendi debere; cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.

Dieser §. ist eine fast wortgetreue Wiederholung von Gajus IV. 116 (S. 81). Nur bezeichnet Gajus am Schlusse die exc. doli als das entsprechende Anfechtungsmittel, während Justinian dieser die exceptio non numeratae pecuniae substituirt. Einen schlagenderen Beweis, als diese Institutionenstelle in ihrer Uebereinstimmung mit der Stelle von Gajus kann es nicht wohl dafür geben, dass auch Justinian noch die exc. n. n. p. so betrachtet habe, wie sie in den Pandekten erscheint, als eine andere Version der exceptio doli, als eine ächte Exception, einer formell begründeten Verbindlichkeit gegenüber. Zugleich sagt Justinian, die hier besprochene Exception sei die nämliche, welche er schon früher (tit. J. de lit. oblig. 3, 21) erwähnt, und deren Zeitdauer er durch eine Constitution (c. 14 h. t.) beschränkt habe. So bildet jene Stelle zugleich den unzweideutigsten Beleg für die einheitliche Natur der Exception, mag dieselbe nun, wie in §. 2 J. cit., einer Stipulation, oder, wie in der daselbst in Bezug genommenen früheren Institutionenstelle (s. oben S. 112), einer einfachen Schuldurkunde gegenüber gedacht werden.

5) c. 2, c. 8 h. t. c. 1 de cond. ob turp. c. 4, 7.

6) c. 7 h. t. c. 3 de post. 2, 6.

7) c. 14 §. 2. c. 16 h. t. Zinsen von Darlehn konnten bekanntlich nur durch Stipulation zugesichert werden, und es mussten daher caut. foeneraticiae nothwendig die Stipulationsclausel enthalten.

8) S. o. §. 33 a. E.

9) Heimbach Cred. S. 543.

Auch Gneist hat sich der Erkenntniss nicht verschlossen, dass die exc. n. n. p. „hauptsächlich auf Stipulationsurkunden berechnet sei." Er sucht dies aber auf zufällige Gründe zurückzuführen (S. 310). Die Erwähnung der exc. n. n. p. in §. 2 J. de exc. als ächter Exception wider eine Stipulation, gleichwohl aber unter Hinweisung auf die Zeitbeschränkung derselben, wird (S. 315) damit zu erklären gesucht, dass Justinian unwillkürlich an Stipulationsurkunden gedacht habe. Ich meine, in diesem Falle hätte Justinian entweder das Beispiel jener Exception, der stipulatio credendi causa gegenüber, ganz weglassen oder wenigstens sagen müssen, dass diese exceptio n. n. p. nicht diejenige sei, welche er früher erwähnt und deren Zeit er beschränkt habe. Eine Gedankenlosigkeit, welche an den Namen exc. n. n. p. Bemerkungen geknüpft hätte, die nicht für diese exceptio, sondern für ein ganz anderes, zufällig gleichbenanntes, Rechtsmittel passen, ist doch in der That schwer anzunehmen.[10])

IV. Wir wollen nun die präsumirte Schöpfung des unter dem Namen exceptio non numeratae pecuniae eingeführten Beweisbenificiums an und für sich betrachten. Dasselbe soll (nach Gneist) eingeführt sein durch eine Constitution Caracalla's um das Jahr 215. Zu dieser Zeitbestimmung findet sich Gneist dadurch gedrängt, dass mehrere zwischen die Jahre 211—215 fallende Gesetze das Priveleg nicht kennen, während die noch von Caracalla (starb 217) erlassenen c. 3 und 4 h. t. das Institut der querela n. n. p. voraussetzen.

Um das Jahr 215 bestand der römische Formularprocess noch in voller Kraft. In diesem Process war es Sache des Prätors, mittelst der formula die in den Streit gebrachten Rechtsverhältnisse, meistens auf Rechtsbegriffe, seltener auf Thatsachen reducirt, in ihrer Beziehung zu einander (als intentio, exceptio, replica etc.) zu präcisiren und so vorbereitet einem judex zur Beurtheilung zu überweisen. Schon die Subsumtion der Thatsachen unter die in der Formel bezeichneten Rechtsbegriffe, noch mehr aber die Entscheidung über den Beweis der bestrittenen Thatsachen, war lediglich Sache des judex. Dieser schöpfte dabei fast ausschliesslich aus dem im Volke lebenden Rechtsbewusstsein. Eigentliche Vorschriften für sein Verhalten finden wir nirgends gegeben. Die Formel war sein Gesetz. Deshalb beschäftigten sich denn auch alle Aeusserungen der Gesetzgebung — leges, Senatsbeschlüsse, das Edict des Prätors — nur mit dem Recht, welches vor der Formel lag. Die Weiterbildung des Rechts bewegte sich in dem Schaffen und Versagen von Klagen, Exceptionen und anderen Rechtsbehelfen, welche der Magistrat durch Ertheilung und Einrichtung der formula realisirte.

Der praktische Sinn der Römer hatte, trotz der in den Grundlehren ihres Obligationenrechts liegenden Schwierigkeiten, schon um jene Zeit Urkunden zu einem starken Beweismittel erhoben (§. 34 a. E.). Ueberall in den Pandekten finden wir die Beweiskraft der Urkunden als selbstverständlich vorausgesetzt. Unter diesen Umständen wäre eine Constitution, welche plötzlich die Beweiskraft von Darlehnsscheinen, in Widerspruch

10) Gegen Gneist erklärt sich auch Heimbach Credit. S. 646.

mit ihrem Inhalte, auf lange Zeit hinausgeschoben und durch diese ganz singuläre Beweisregel in das freie Ermessen des judex über die Beweisfrage — bisher gleichsam ein noli me tangere — eingegriffen hätte, etwas ganz Unerhörtes gewesen. Am wenigsten denkbar ist es, dass ein Rescript solche Neuerungen unternommen habe, da eigentliche Umgestaltungen des Rechts auf dem Wege der Rescripte niemals vorkommen.[11])

Aber einmal die Möglichkeit einer derartigen Constitution an sich vorausgesetzt: wie wäre man dazu gekommen, zu einer Zeit, wo doch die processualischen Begriffe noch in voller Reinheit bestanden,[12]) ein Beweisbeneficium als „exceptio" zu bezeichnen und zu behandeln? Eine exceptio, anzubringen beim judex? — denn vor diesen gehörte doch die Beweisfrage! Oder hätte jenes Beneficium etwa schon vor dem Prätor geltend gemacht und in die Formel aufgenommen werden müssen? Wo und wie sollte es darin einen Platz gefunden haben?

Unter Caracalla schrieben Ulpian und Paulus[13]) ihre unvergänglichen Schriften, anderer minder bedeutender Juristen nicht zu gedenken. Wäre nun eine so tief eingreifende Constitution damals erschienen, so würden die Juristen, welche ja gerade das Vermittleramt für die allgemeine Kenntniss der Kaiserconstitutionen übten,[14]) sicher nicht verfehlt haben, dieselbe sofort in ihren Schriften zu behandeln, und die ganze Lehre wissenschaftlich auszubilden, gerade so, wie es bei anderen Ausnahmegesetzen (z. B. dem SCum Macedonianum und Vellejanum) gethan. Die Compilatoren aber würden nicht wohl unterlassen haben durch Aufnahme dieser Erörterungen in die Pandekten die dürftigen Umrisse des Constitutionenrechts zu vervollständigen. — Was finden wir nun in den Pandekten, von denen mehr als die Hälfte durch die zahlreichen Schriften der genannten Juristen gefüllt wird? Von einem Beweisbeneficium keine Spur! Paulus und der noch spätere Modestinus führen Darlehnsschuldscheine wörtlich auf,[15]) welche unter das Beweisbeneficium hätten fallen müssen; aber ihre beweisende Kraft wird nicht im geringsten in Zweifel gestellt. Ulpian erwähnt in den oben gedachten Stellen „ganz unbefangen" der exceptio n. n. p. als eines Surrogats der exceptio doli wider eine Stipulation; von einem gleichnamigen Beweisbeneficium ist nirgends die Rede.

V. Sehen wir aber von allen diesen äusseren Gründen ab, und fassen die innere Wahrscheinlichkeit der unterstellten Anordnung in's Auge, so ist es, wie mir scheint, noch keinem Rechtsgelehrten gelungen, einen auch nur annähernd plausiblen Grund aufzufinden zur Erklärung und Rechtfertigung einer Vorschrift, wodurch einem urkundlichen Empfangsbekenntniss die Glaubwürdigkeit entzogen wäre. Zwar fehlt es

11) Vergl. Puchta, Instit. §. 113 a. E.

12) Vergl. l. 2. l. 22 pr. de except. 44, 1.

13) Beide lebten bis unter Alex. Severus (222—230). Ulpian wurde in den ersten Regierungsjahren dieses Kaisers ermordet; Paulus war noch praefectus praetorio unter demselben. — Puchta, Instit. I. §. 100.

14) Puchta, Instit. I. §. 112.

15) l. 40 de R. C. — l. 126 §. 2 de V. O. — l. 26 §. 1 depos. 17, 2. l. 41 §. 2 de usuris 22, 2.

nicht an Erklärungsversuchen;[16]) deren Mannigfaltigkeit erinnert aber an die vielfachen Mittel, welche gegen manche Krankheiten empfohlen werden — das sicherste Zeichen, dass keines hilft. Auch Gneist scheint mir vergeblich nach einem Grunde zu ringen, weshalb das Empfangsbekenntniss „grundsätzlich ignorirt“ worden sei.

Es ist wahr, eine solche Urkunde kann ausgestellt und ausgehändigt werden, ehe das Geld empfangen ist; und es würde deshalb sehr streng gegen den Schuldner sein, wenn man an sie eine absolute Beweiskraft knüpfen wollte. Aber es kann doch auch das Empfangsbekenntniss auf eine wirkliche Zahlung sich beziehen; und in diesem Falle ist es noch weit härter für den Gläubiger, wenn man der Urkunde jede Beweiskraft versagt. Befindet man sich nun in der Nothwendigkeit, ein oder das andere als wahr vorauszusetzen, ist es dann nicht natürlicher, vorläufig (d. h. bis zu geführtem Gegenbeweise) das als wahr anzunehmen, was der Schuldner in der Urkunde gegen sich selbst bezeugt hat, als gerade das Gegentheil? — Es ist wahr, ein Schuldner, der so unvorsichtig ist, sein Empfangsbekenntniss ohne Zahlung aus den Händen zu geben, kann, wenn diesem Bekenntniss Beweiskraft beigelegt wird, wegen mangelnder Gegenbeweismittel in die Lage kommen, zurückzahlen zu müssen, was er nicht empfangen hat. Legt man aber dem Empfangsbekenntniss des Schuldners keine Beweiskraft bei, so ist auch der vorsichtigste Gläubiger, welcher sich die wirklich geschehene Zahlung vom Schuldner bescheinigen lässt, wenn ihm andere Beweismittel fehlen, um sein Geld gebracht. Seit wann nun ertheilen die Gesetze Beneficien zu Gunsten des Unvorsichtigen auf Kosten des Vorsichtigen? — Es ist wahr, der Beweis der Negative, dass die in der Urkunde bezeugte Zahlung nicht geschehen sei kann schwierig sein. Wo aber nehmen sonst die Gesetze die eigenthümliche Rücksicht, dass sie, um den einen Theil mit einem schwierigen Gegenbeweise zu verschonen, die Beweismittel des andern vernichten? — Und diese Beweiskraft soll suspendirt worden sein vorzugsweise bei dem Gelddarlehn, also gerade demjenigen Rechtsgeschäft, welches am meisten der processualischen Sicherung bedarf, und welches im Sinne altrömischen Rechts mit der grössten Strenge verbunden war.[17]) Sie soll suspendirt worden sein nicht etwa auf wenige Tage — einen solchen Gedanken könnte eine übertriebene Fürsorge für den Schuldner wohl fassen — sondern auf fünf Jahre,[18]) also einen Zeitraum, auf den wohl die wenigsten Darlehen schon bei ihrer Auszahlung mit Bestimmtheit berechnet sind. Jeder Darleiher, welcher sich über die Auszahlung des Darlehns einen Schein ausstellen liess, hätte dies verständiger Weise nur in der

16) Vergl. z. B. Pfeiffer pr. Ausf. II. S. 154. Sintenis in Sell's Jahrb. I. S. 286 u. 300; während er im Civilrecht II. S. 262 „die Beweggründe jener singulären Vorschrift jetzt auf sich beruhen lassen“ will.

17) Savigny, das altröm. Schuldrecht (Verm. Schr. II. S. 396 flg.).

18) Die gewöhnliche Annahme geht freilich dahin, dass die exc. n. n. p. zuerst auf ein Jahr eingeführt und erst später auf fünf Jahre ausgedehnt sei. Wollte man auch dieser Annahme beistimmen, so entsteht immer wieder die Frage, wie kam man dazu, die exceptio selbst nur auf ein Jahr einzuführen und später sogar auf fünf Jahre auszudehnen?

Hoffnung thun können, dass das Darlehn fünf Jahre ausstehen und dadurch seine Urkunde Kraft gewinnen werde; bis dahin war es so gut, als ob er ohne allen Schein ausgeliehen; und auch dieses Verhältniss konnte der Schuldner verewigen, wenn er vor Ablauf der fünf Jahre Protest einlegte. Daneben endlich bestand noch (nach c. 14 pr. h. t.) das Privilegium derjenigen, „qui propter aliquas causas, specialiter legibus expressas, etiam elapso quinquennio adjuvabantur“.[19])

Was sollte nun aber eintreten, wenn die fünf Jahre ohne Protest verstrichen waren? — Von einem Recht, welches bis dahin den Schuldner so ausnehmend begünstigt, möchte man erwarten, es werde nun wenigstens nicht plötzlich in das andere Extrem übergehen; es werde, wenn es auch der Urkunde Beweiskraft beilege, wenigstens den Gegenbeweis dem Schuldner offen halten. Auch die natürliche Folge eines auf bestimmte Zeit geschaffenen Beweisbeneficiums würde die sein, dass mit Ablauf dieser Zeit das Verhältniss einträte, welches ohne jenes Beneficium von Anfang an eingetreten sein würde; also Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses vorbehaltlich des Gegenbeweises.

Was finden wir aber in der That? Der Schuldschein soll nach Ablauf der Frist unbedingt gelten, mit Ausschluss jeden Gegenbeweises.[20]) Danach würde die Lehre von der exceptio n. n. p. zwischen den beiden Extremen, absoluter Beweislosigkeit und absoluter Beweiskraft der Urkunde, sich bewegen, dagegen das natürlichste, in der Mitte liegende Verhältniss einer einfachen, durch Gegenbeweis widerlegbaren, Beweiskraft des Schuldscheins völlig umgehen. Wo sonst noch aber kann man dem römischen Rechte vorwerfen, dass es nur zwischen Extremen schwanke, diesem Rechte, welches strictum jus und aequitas so wunderbar zu vermitteln verstand? Und eine so ungesunde Lehre, welche fast alle neueren Gesetzgebungen als unbrauchbar beseitigt haben, wird einem Recht zugetraut, das nicht aus theoretischer Grübelei, sondern unmittelbar aus den Bedürfnissen des Lebens seine Nahrung sog! Sie soll erfunden sein zu einer Zeit, deren juristische Kraft Ulpian und Paulus repräsentiren! Sie soll ausgebildet sein in einer Periode, die das römische Recht immer mehr zu einem Weltrechte umwandelte! Wahrlich, die moderne Lehre würde nicht entstanden sein, wenn nicht so viele unserer Juristen sich daran gewöhnt hätten, bei Auslegung des röm. Rechts dem eigenen Rechtssinne fast ganz zu entsagen.

VI. Doch auch diese aprioristischen Betrachtungen wollen wir bei Seite stellen und zu dem Inhalt der Quellen zurückkehren. Wo, frage ich, finden wir auch nur im geringsten angedeutet, dass die exc. n. n. p. in ihrer positiven Existenz eine singuläre Schöpfung sei? Ich will nicht

19) Ohne Zweifel beziehen sich diese Worte auf die Restitution der minores, welche erst später (c. 5 in quib. caus. i. i. r. 2, 41) von der Verjährung der Exception ganz ausgenommen wurden.

20) Dies ist freilich controvers. Theoretisch ist aber — auch wenn man von inneren Gründen ganz absieht — die Ausschliessung jedes Gegenbeweises nach c. 14 h. t. unbestreitbar. Die schwachen Gründe für die gegentheilige Ansicht hat Gneist (S. 99 flg.) glänzend widerlegt. Vergl. auch Heimbach Cred. S. 681. v. d. Pfordten Abh. S. 286.

fragen, wo die Constitution geblieben, die sie in's Leben gerufen haben soll; sie könnte durch Zufall verloren sein. Aber irgend eine Erwähnung derselben wäre denn doch natürlich. In den Pandekten finden wir nun nicht einmal des „Beweisbeneficiums“ selbst gedacht. In den Institutionen (3, 21), wo ein kurzer historischer Rückblick vorkommt, wird gesagt: es sei oft durch Constitutionen ausgesprochen, dass die exc. n. n. p. nach längerer Zeit nicht mehr opponirt werden könne, dass sie aber für die Zeit, während welcher sie zugelassen werde, erst besonders geschaffen sei, davon findet sich nicht ein Wort. Im Codex endlich tritt die exceptio n. n. p. auf als ein Institut, welches keiner Erklärung bedürfe, welches sich von selbst verstehe. Sie ist daselbst mitten unter die materiellen Exceptionen eingereiht, während dieselbe, als absonderliche Beweisregel gedacht, ihre natürliche Stellung in dem Titel de probationibus oder de fide instrumentorum finden würde, welche gänzlich von ihr schweigen. Die Gesichtspunkte, welche gewöhnlich ihr zu Grunde gelegt werden, finden sich nirgends auch nur angedeutet. Von einer Gefährdung des Schuldners, gegen welche dieser geschützt, von einer Böswilligkeit der Gläubiger, welcher entgegen getreten werde müsste, ist nirgends die Rede. Im Gegentheil, überall wird sich missbilligend über die Schuldner ausgelassen, welche von der Exception Missbrauch machen. Justinian begründet seine Gesetze dahin: quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur — ne homines neglingentia sua aut forte dolo ut in negotiationibus fruantur, aliisque negotia facessant — ne creditores diutius possint suis pecuniis defraudari.[21]) Und doch soll Justinian zu Gunsten der Streitenden, welche „mittelst ihrer einem dolus nahe kommenden Säumniss Geschäfte machen wollen“, und zum Nachtheil der „gefährdeten Gläubiger“ die exceptio n. n. p. gegen Quittungen und Dotalbescheinigungen erst eingeführt haben! — Auch von einem „lästigen Beweise“, welcher kraft positiver Gesetzesvorschrift dem Schuldner abgenommen werden solle, ist nirgends die Rede; vielmehr finden wir den Grund, weshalb die Exception die Beweislast auf den Gegner übertrage, in c. 10 h. t. einfach dahin angegeben: quia negantis naturali ratione probatio nulla est. Dass diese Worte „auf Alles eher, als auf eine Singularität deuten“, erkennt auch Gneist (S. 24) an. Welches Recht in der Welt betrachtet es als naturalis ratio, dass derjenige, welcher den Inhalt einer gegen sich ausgestellten Urkunde bestreitet, dadurch die Beweislast auf den Gegner übertrage? Etwa das römische? Man lese nur die drittfolgende Constitution, wo mit klaren Worten gesagt wird: Nimis indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Vor allem aber sollte man doch denken, einem so singulären Institute wäre eine bestimmte Grenze gegeben. Was finden wir in dieser Beziehung? Der bekannte Streit giebt darauf die Antwort. Einige nehmen an, die exceptio beziehe sich nur auf Darlehen, Andere auf alle Realcon-

21) c. 14 §. 1 h. t. — Nov. 100. — tit. J. de lit. obl. 3. 21.

tracte mit Ausnahme des Depositum, Andere wieder Anderes. Wie man bei den allgemein redenden Worten der c. 14 h. t. „In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“, und der daneben ausdrücklich nur für Depositionsscheine gemachten Ausnahme, die Ansicht vertheidigen mag, die exceptio finde Anwendung blos auf Darlehn, ist schwer einzusehen. Der mühselige Versuch, diese Beschränkung so klaren Worten gegenüber zu deduciren, klingt fast wie ein Nothruf, der nach einer festen und möglichst engen Begrenzung jenes sonderbaren Instituts ringt. In ganz gleicher Art, wie bei Hingabe eines Darlehns, findet der Austausch zwischen Geld Forderungsrecht bei allen anderen obligatorischen Zahlungen, sowie auch bei Tilgung einer Schuld durch Zahlung statt. Auch hier dieselbe Schwierigkeit, Hingabe des Geldes und der Urkunde (Quittung) „Zug um Zug“ zu bewirken. Warum nun, wenn für Darlehnsscheine das Beweisbeneficium schon im J. 215 eingeführt wurde, wenn Diocletian dasselbe sogar der naturalis ratio für entsprechend hält: warum unterblieb, wie Gneist behauptet, dessen Anwendung auf Quittungen bis zu Justinian? Oder, wenn man diese Anwendung schon früher annehmen will: wie und wann wurde sie geschaffen? Und warum finden wir in den älteren Constitutionen nicht eine Spur davon?

VII. Aber alle diese äusseren und inneren Gründe, welche die Schöpfung des in Frage stehenden Beweisbeneficiums unwahrscheinlich machen, können doch — werden die Gegner sagen — nicht in Betracht kommen gegen die positiven Aussprüche der Gesetze. In c. 3 und c. 10 h. t. wird unzweifelhaft gesagt, dass durch die exceptio n. n p. der Kläger genöthigt werde, die Auszahlung des Geldes zu beweisen. Nach c. 14. h. t. und anderen Gesetzstellen ist die exceptio gestattet gegen Urkunden, in denen der Empfang des Geldes bescheinigt ist. Folglich, so schliesst man, muss durch die Exception die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses vernichtet werden. Bestätigt erachtet man diese Annahme durch die Beschränkung der Exception auf eine bestimmte Zeit. Was sonst hätte diese Beschränkung veranlassen können?

Der Hauptfehler in der bisherigen Behandlung der Lehre scheint mir darin zu liegen, dass man die Exception stets als Anfechtung eines Beweismittels, statt als Anfechtung eines Verpflichtungsactes, betrachtet hat. Dieser Verpflichtungsact war ursprünglich die Stipulation. Wir haben gesehen, dass die Anfechtung der Stipulation sich wesentlich verschieden gestaltete, je nachdem ihr die Anerkennung einer bestehenden Schuld zu Grunde lag, oder dieselbe in Hinblick auf eine andere, abstract ihr gegenüberstehende Thatsache oder Leistung erfolgt war. Im ersteren Falle bildete die Anerkennung der Schuld ein Surrogat für den objectiven Bestand der causa, wodurch dem Anfechtenden qualificirter Beweis der Nichtschuld aufgebürdet wurde. Im zweiten Falle genügte es für die Anfechtung, den objectiven Bestand der causa zu leugnen, welchen alsdann der Stipulant zu erweisen hatte; vorbehaltlich der aus der Stellung der Stipulation zu dieser causa präsumtiv zu entnehmenden einfachen Erbringung dieses Beweises. Im Sinne des Formularprocesses bedurfte es

aber in einem, wie in dem anderen Falle zur Anfechtung der ipso jure bindenden Stipulation einer Exception.

Den Stipulationen der letzteren Art musste auch diejenige Stipulation zugerechnet werden, welche zur Vermittelung eines Darlehns oder darlehnähnlichen Geschäftes bestimmt war (stipulatio credendi causa). Eine solche Stipulation konnte, wie öfters geschah, [22]) die Bestimmung haben, der Geldzahlung vorauszugehen. Dieser Fall ist in der S. 109 abgedruckten Stelle des Gajus (IV. §. 115) besprochen; [23]) und hier wird es gewiss Jedermann natürlich finden, dass, wenn in Folge der Exception die Frage: an pecunia numerata sit? zu entscheiden war, der Kläger, ungeachtet er die Stipulation für sich hatte, die nachträgliche Geldzahlung beweisen musste. Aber auch wenn die Stipulation auf einen gleichzeitigen Austausch mit der Geldzahlung berechnet war, hatte dieselbe keine andere Natur. So wie in diesem Falle nach der Anschauung der classischen Zeit eine materielle Schuld gar nicht einmal entstand (§. 15): so konnte auch die Stipulation nicht als in Anerkennung einer bestehenden Schuld erfolgt angesehen werden. Dieselbe war das zum abstractum erhobene Schuldversprechen nicht aus einer bestehenden, sondern aus einer entstehenden Schuld. Es musste daher auch hier gestattet sein, die Auszahlung des Geldes einfach zu leugnen.

Die Exception, welche dieses Leugnen processualisch ermöglichte, — exceptio doli oder in factum concipirt, exceptio non numeratae pecuniae (§. 27) — versetzte also die fragliche Stipulation auf denselben Standpunkt, auf welchem sich das im gewöhnlichen Darlehnsvertrag enthaltene formlose Versprechen der Rückzahlung ipso jure befand: jene, wie dieses, wirkten nur in Verbindung mit dem Beweise der Geldzahlung. Ohne die Exception aber war der Stipulant mit jenem Beweise verschont, nicht weil der Beweis durch die Stipulation für geführt angenommen wäre, sondern weil die Frage: an pecunia numerata sit? ganz ausser Betracht blieb.

VIII. Ueber die Stipulation wurde regelmässig eine Urkunde (cautio) ausgestellt, welche zugleich die Beziehung der ersteren zu ihrer causa angab. In dieser Hinsicht konnte nun ein dreifach verschiedenes Verhältniss vorliegen:

1) Die Urkunde ergab mit Bestimmtheit die Rückbeziehung der Stipulation auf eine bestehende Schuld. Wenn Jemand bescheinigte, eine Summe versprochen zu haben als aus einem Delict, einem Testament, einem Consensualvertrag geschuldet, so liess sich in allen diesen Fällen gar nicht zweifeln, dass damit wirklich eine zur Vollendung gekommene Schuld habe anerkannt werden sollen. Dieselbe Natur musste aber auch einer Urkunde beigemessen werden, welche auf eine Realleistung als

22) l. 30 de R. C. l. 3 §. 4 ad. SC. Mac. l. 4. quae res pign. c. 7, 9 h. t. c. 4 de cond. ex lege.

23) In völliger Reinheit tritt dieser Fall auch hervor in c. 7 h. t. (Alex. Serverus): Si quasi accepturi (d. h. als solche, welche vermeintlich noch empfangen werden) mutuam pecuniam adversario cavistis (d. h. durch Stipulation versprochen habt), quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione n. n. pec. adversus agentem uti potestis.

in bestimmter Vergangenheit liegend Bezug nahm. Denn auch diese Bescheinigung einer Stipulation (z. B. „für ein im vergangenen Jahre empfangenes Darlehn“) weist dergestallt auf eine vollendete Schuld (vergl. S. 43) hin, dass unmöglich gedacht werden kann, die Contrahenten möchten dabei ein noch auszuzahlendes Darlehn im Sinne gehabt haben. Erst neueren Juristen blieb es vorbehalten, die seltsame Lehre aus den Quellen herauszulesen, dass auch ein solcher Schuldschein „binnen zwei Jahren nichts beweise!“ — In diesen Fällen also — ich will sie die Fälle der ächten causa praecedens nennen — war die Stipulationsurkunde zufolge der ihr zu Grunde liegenden ächten Anerkennung nur nach den Grundsätzen der cond. indeb. anfechtbar. Die Stipulation erübrigte die Darlegung der Schuld.

2) Umgekehrt konnte die Stipulationsurkunde selbst, namentlich in dem Falle, wo eine Realleistung ihre Grundlage abgeben sollte, auf diese als eine noch bevorstehende Bezug nehmen. Alsdann lag es auf der Hand, dass man den Promittenten in der Form der exc. n. n. p. mit der Behauptung zulassen musste, die Auszahlung des Geldes sei nicht erfolgt, sowie dass der Stipulant den ihm hierdurch aufgebürdeten Beweis der Geldzahlung nicht durch die Urkunde zu führen vermochte. Die Schuldurkunde, welche lediglich eine leere Stipulation ergab, wurde also durch die Exception völlig wirkungslos. Dass römisch-rechtlich Schuldurkunden gedacht werden können, in denen geradezu gesagt ist, das Geld sei (noch) nicht ausgezahlt, denen gegenüber man aber gleichwohl, um sich der Zahlpflicht zu entziehen, einer exceptio (einer ausdrücklichen Gestattung, das Unterbleiben der Geldzahlung in judicio geltend zu machen) bedurft habe: das mögen wohl die wenigsten heutigen Juristen sich klar gemacht haben, so wenig auch nach der Lehre von der Stipulation solches zu bezweifeln steht. Zur Ausstellung einer solchen Urkunde lassen sich übrigens — auch abgesehen von der römischen Liebhaberei, eine Stipulation den materiellen Contracten zu surrogiren — verschiedene Veranlassungen denken. Es konnte dem Gläubiger darum zu thun sein, die Bedingungen der Ausleihung, die Zeit, für welche das Kapital stehen bleiben sollte, die Hypothek, welche zu dessen Sicherung dienen sollte etc., zum voraus urkundlich festzustellen. Dann lag es sehr nahe, die Verbindlichkeit selbst sofort durch Stipulation zu begründen.[23a]) Unumgänglich erforderlich aber war die Stipulation, wenn Verzinsung eintreten sollte; ein Satz, der sich bis in das Justinianische Recht erhalten hat.[24]) Wollte nun der Gläubiger sicher gehen, dass sein Geld von Anfang an verzinst werde, so musste er darauf bestehen, dass die Stipulation über die Zinsen, mit welcher dann auch

[23a] Aehnlichem begegnen wir heutzutage bei gerichtlichen Schuldverschreibungen, welche sich öfters in folgender Weise aufgenommen finden: „Es erschienen vor Gericht N. N. und dessen Ehefrau und erklärten: es habe ihnen X. ein Darlehn von Thlr. zugesagt. Sie versprächen dieses Darlehn mit 5 Procent zu verzinsen, und nach vierteljähriger Kündigung zurückzuzahlen; und wollten zu dessen Sicherung folgende Hypothek etc. etc.“ Eine solche Schuldverschreibung entspricht ganz und gar der hier besprochenen Art der Stipulation.

24) c. 3, 7 de usur. 4, 32. Savigny, Syst. VI. S. 130.

die Stipulation über das Hauptgeld naturgemäss verbunden wurde, der Auszahlung vorausgehe, zumal, wenn vielleicht Gläubiger oder Schuldner bei der Auszahlung selbst (wo ein Dritter sie vertreten konnte) nicht persönlich mitwirkten. [25])

3) Zwischen beiden bisher betrachteten Fällen — der ächten causa praecedens und der causa futura — liegt ein Fall in der Mitte, welchen wir als den der unächten causa praecedens bezeichnen können, wo nämlich in einer Stipulationsurkunde der sie begründenden Realleistung einfach als geschehen erwähnt war, ohne diese in eine bestimmte Vergangenheit zu setzen. Auch hier schien zwar auf den ersten Blick eine vollendete Schuld vorzuliegen. Erfahrungsmässig aber kam es vor, dass in dieser Weise auch Schuldscheine ausgestellt wurden, bei denen es auf eine gleichzeitige oder gar nachfolgende Auszahlung des Geldes abgesehen war. [26]) Man konnte hiernach die Möglichkeit nicht ausser Acht lassen, dass der Schuldschein anticipirt sei, dass ihm nicht die wirkliche Anerkennung einer vermeintlich bestehenden, sondern die scheinbare Anerkennung einer noch erwartenden Schuld zu Grunde liege. Es würde zu einer Ungerechtigkeit geführt haben, hätte man hier den Schuldner auf eine Anfechtung der Stipulation wegen irrthümlich unterstellter Schuld (auf die exceptio indebiti) beschränken wollen; es musste ihm auch gestattet sein, den Geldempfang, so wie er in der Urkunde bescheinigt war, zu leugnen. War dieser nicht erfolgt, so schien es mindestens ungewiss, ob nicht die Urkunde in Erwartung der Geldzahlung ausgestellt sei; und diese Ungewissheit musste naturgemäss zu Ungunsten des Stipulanten ausschlagen.

Die Form, in welcher der Verklagte jenes Leugnen der Stipulation gegenüber zur Geltung brachte, war wieder die nämliche exc. n. n. p. Ihre Zulassung in dem hier fraglichen Falle hat also die Bedeutung, dass die in der Stipulationsurkunde bescheinigte causa nicht als ächte Anerkennung aufgefasst werden könne. Die Exception nöthigte vielmehr denselben auch in diesem Falle, der Stipulation ungeachtet die materielle Begründung der Schuld zu beweisen. Dass sie aber die natürliche Beweiskraft des in der Urkunde liegenden Empfangsbekenntnisses beseitigt habe, für diese Annahme liegt nicht allein kein Grund vor, sondern sie widerspricht auch Allem, was wir sonst im römischen Recht finden. Ich glaube hiernach behaupten zu dürfen: zufolge der exc. n. n. p. hatte zwar der Stipulant die materielle causa der Schuld zu beweisen, aber er konnte zu diesem Beweise das Empfangsbekenntniss des Schuldners in der Urkunde benutzen. Denn dieses sprach doch zunächst dafür, dass der Schuldner nicht ohne Geldempfang die Urkunde werde hingegeben haben.

Die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses war aber hier eine rein materielle; sie beschränkte sich demgemäss auf den, für glaubhaft zu

25) Durch Dritte konnte man bekanntlich nicht stipuliren lassen. — Savigny III. S. 95.

26) Vielleicht wurde der Gedanke hieran noch durch die oben (S. 99 Note 7) erwähnte Sprachweise der Römer unterstützt.

achtenden, thatsächlichen Inhalt der Urkunde. Hatte darin der Schuldner bezeugt, das Geld vom Gläubiger empfangen zu haben, so liess dies nur auf eine vor oder bei der Stipulation erfolgte baare Geldzahlung zwischen Gläubiger und Schuldner schliessen. Wurde diese Thatsache durch Gegenbeweis widerlegt, so war die Urkunde nun auch als Beweismittel ohne Wirkung.

Die Zulässigkeit dieser Anfechtung mittelst einfachen Gegenbeweises musste aber um so schärfer hervortreten, als eine Anfechtung solcher Urkunden aus dem Gesichtspunkte der ächten causa praecedens (der exc. indebiti) nur in den seltensten Fällen möglich war, da Jemand darüber, ob er in der Vergangenheit ein Darlehn etc. empfangen, nicht leicht in entschuldbarer Weise irren kann.

IX. In den geschilderten Verhältnissen lag eine nicht geringe Gefährdung des Gläubigers. Dieser hatte vielleicht Promission und Urkunde wirklich im voraus empfangen, dann aber im Vertrauen auf solche das Geld nachträglich ohne weitere Beweismittel ausgezahlt; gerade so wie auch heutzutage kaum Jemand Bedenken trägt, auf eine schon in seinen Händen befindliche Schuldverschreibung oder Quittung Zahlung zu leisten. Ergab sich nun, dass das Geld bis zur Ausstellung der Urkunde nicht gezahlt, also das darin enthaltene Bekenntniss des (als bereits erfolgt angegebenen) Empfanges unwahr sei, so fehlte es dem Gläubiger der exc. n. n. p. gegenüber für die nachträgliche Auszahlung des Geldes an jedem Beweise. Dadurch wurde aber die Stipulationsurkunde für ihn werthlos. Wir dürfen ferner annehmen, dass, ganz so wie bei uns, in der Urkunde oftmals ein baarer Geldempfang als causa angegeben wurde, während das Verhältniss sich in anderer, minder einfacher Weise begründet hatte. [27]) Materiell war deshalb die Stipulationsurkunde um nichts weniger rechtswirksam. [28]) Finden wir doch gerade um die nämliche Zeit, wo zuerst die Befristung der Exception auftaucht, sogar die Lehre entstehen, dass auch ohne Stipulation die bestehende Schuld in ein Creditum verwandelt werden könne. [29]) Processualisch aber litt eine solche Urkunde an einer geheimen Schwäche. Während nämlich der Gläubiger in der bezeugten (allerdings fingirten Baarzahlung seiner Stipulation das sicherste Fundament gegeben vermeinte, wurde er auch hier wieder durch Zulassung der exc. n. n. p. überrascht. Führte der Schuldner den Beweis, dass er nicht, wie in der Urkunde stand, Geld empfangen habe, so konnte nun abermals der Gläubiger seine Forderung nur durch den Beweis über die anderweite materielle Grundlage derselben retten; die Urkunde war für ihn werthlos geworden. [30]) Kurz es

27) Darauf weisen hin: l. 40 de minor. 4, 4. l. 3 §. 3 de SC. Mac. 14, 6. c. 6 u. 8 si cert. pet. 4, 2. c. 3 de postul. 2, 6. c. 2 de dote causa nec num. 5, 15. c. 21 de solut. 8, 43. c. 5 h. t. c. 3 de plus petit. 3, 10. c. 4 de cond. ob caus. dat. 4, 6. l. 9 §. 9. l. 32 de R. C. 12, 1. l. 5 quod jussu. 15, 4.

28) c. 6 si cert. pet.: — falsa mutuo datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis substantia non defecerit, — nihil nocet (S. 103).

29) l. 15 de R. C. 12, 1. (Vergl. oben §. 62a.)

30) Eine derartige Anwendnng der Exeption ergiebt auch die c. 3 de postul. 2, 6. Es hatte Jemand seinem Advokaten ein das gesetzliche Mass überschreitendes Honorar versprochen, statt dessen aber in der ausgestellten cautio den Empfang eines Darlehns

waren, glaube ich, ganz ähnliche Missverhältnisse, wie die oben (S. 203 flg.) als ein Resultat der heutigen Praxis geschilderten, welche sich dem praktischen Sinne der Römer fühlbar machten, und ihnen die exceptio n. n. p. als ein sehr gefährliches Institut erscheinen liessen. [31]

Die Gefahr des Gläubigers wuchs mit der Länge der Zeit, welche seit Eingehung des Verhältnisses abgelaufen war. [32] Andererseits liess sich nicht verkennen, dass, wenn der Schuldner sich geraume Zeit bei der eingegangenen Stipulation beruhigt und die cautio in den Händen des Gläubigers gelassen hatte, eine nicht geringe Wahrscheinlichkeit dafür vorlag, dass er in irgend einer Weise wegen der Valuta befriedigt sei; [33] und jedenfalls verdiente ein Schuldner, der durch langes Stillschweigen das Rechtsverhältniss trübe werden liess, keine Begünstigung. [34] Diese Rücksichten, deren man sich durch zunehmenden Missbrauch der Exception immer mehr bewusst werden mochte, liessen es nicht mehr als aequitas erscheinen, die Exception auch noch da zu gestatten, wo bereits ein längerer Zeitraum abgelaufen war. So lenkte man nach dem formellen Recht zurück, indem man den Satz aufstellte: exceptionem n. n. p. post multum temporis opponi non posse; ein Satz, der durch Kaiserconstitutionen (Rescripte) anerkannt und zum gültigen Rechte erhoben wurde. [35] Diese extensive Beschränkung correspondirt der intensiven, welche für die Anfechtung der ächten causa praecedens in den strengen Grundsätzen der cond. indeb. enthalten ist; beide sind das hemmende Gewicht, welches sich an das Recht der aequitas kettet und dieses vor Ueberstürzung bewahrt.

Die erste Erwähnung einer Befristung der Exception finden wir in der c. 8 h. t., [36] der letzten Constitution des Kaisers Alexander Severus in diesem Titel. Wir können hiernach annehmen, dass während der Regierung dieses Kaisers (230) jener Satz Geltung gewann. Die

bescheinigt. Er fragte an, ob er sich hiergegen mit der exc. n. n. pec. schützen könne. Gordian (a. 241) bejaht dies für den Fall, dass die Zeit der Exception noch nicht abgelaufen sei. Der erwiesenen Exception gegenüber würde nämlich der Inhaber der cautio genöthigt geworden sein, mit dem wahren Grunde seiner Forderung hervorzutreten, dieser aber, als ein verbotenes Geschäft, zu deren Aufrechterhaltung nicht ausgereicht haben. Hier räth also der Kaiser, die trügerische Natur der Exception zu benutzen, um ein unerlaubtes Geschäft an den Tag zu bringen. Die nämliche Natur würde dieselbe aber auch bewährt haben, wenn ein erlaubtes Geschäft der cautio zu Grunde gelegen.

31) „Cavillationis istius perdat obstaculum" heisst es in §. 4 C. Theod. 2, 27. Cavillatio ist eine Sophisterei, ein Trugschluss.

32) Nov. 100. Neque enim aequaliter semper probationes suppetunt illis, qui eas dare volunt, multas vero tempus quoque repudiat. (Nach Hombergk.)

33) „Temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti" sagt c. 3 de postul. 2, 6.

34) Nov. 100. Exceptiones n. n. p. leges nostrae indiscussas non reliquerunt, sed longum et effusum tempus contraximus, ne homines negligentia sua aut forte dolo, ut in negotiationibus, fruantur, aliisque negotia facessant. Was hier von der Abkürzung der Fristen gesagt ist, kann auch als Grund für deren erste Einführung gelten.

35) Vergl. insbesondere die Darstellung in Tit. J. de lit. obl. 3, 21.

36) Im Eingang dieser Stelle sind die Worte „legibus definitum tempus" wahrscheinlich interpolirt, um dadurch zu der von Justinian erlassenen c. 14 h. t. die Beziehung herzustellen.

hierin liegende Modification des bestehenden Rechts war nicht so bedeutend, dass sie nicht durch Rescripte hätte eingeführt werden mögen. Die Exceptionen enthielten von jeher freieres Recht, dass ebenso, wie aus Gründen der aequitas gegeben, auch wieder versagt werden konnte.

Ich nehme an, dass das „multum temporis“ zunächst (d. h. nach den natürlichen Schwankungen, welche bei der ersten Abgrenzung des Zeitraums in der Praxis sich ergeben mochten) auf fünf Jahre bestimmt worden sei. Statt dessen behaupten Gneist und viele Andere, die Exception sei zuerst nur auf ein Jahr eingeführt. Dieses anfänglich gelinde Auftreten soll mit der Idee des „Beweisbeneficiums“ versöhnen. Jene Behauptung beruht auf einer verstümmelten Constitution des Hermogenianischen Codex, welche also lautet:

Aurelius [37]) Alexio. — Ex cautione (zu emendiren: Exceptionem) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus. Scripta VII. Id. April. Sirmio, Caes. A. Con.

Es braucht jedoch dieses Rescript nicht nothwendig von Abänderung eines bestehenden Rechtes verstanden zu werden. Vielleicht waren Anfangs die Juristen über den Endpunkt des „multum temporis“ nicht einig, indem manche sofort auf ein Jahr herabgehen wollten, und auf diese Ansicht hatte sich der Bittsteller bezogen; der Kaiser verwies aber auf ein Rescript, worin er einer minder strengen Ansicht bereits beigetreten war. Vielleicht war auch nur eine irrige Ansicht des Bittstellers selbst zu berichtigen,[38]) welcher von der Unterstellung ausging, es sei die einjährige Dauer der Exception rescribirt worden. Eine derartige Auslegung muss aber den Vorzug finden, weil einem anfänglich einjährigen Bestande der Exception überwiegende Gründe widersprechen. Zunächst der Umstand, dass dem langsamen aber stetigen Vorschreiten des römischen Rechts völlig zuwiderlaufen würde, wenn ein Rechtsinstitut erst auf ein Jahr beschränkt, dann auf fünf Jahre ausgedehnt und dann wieder auf zwei Jahre herabgesetzt wäre. Sodann das Zeugniss der Institutionen (3. 21) und der c. 14 h. t., welche nur von fünf Jahren sprechen, während doch Justinian, wenn sich seine Constitution dem älteren Rechte wieder genähert hätte, schwerlich unterlassen haben würde, dies selbstrühmend zu erwähnen. Für die Darstellung der Institutionen bietet sich dann auch noch eine besondere Parallele in l. 1 §. 13 de separ. (42, 6) dar.

(Ulpianus); Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium — non postuletur.

Auch für das benef. seperationis hatte sich zunächst der Satz gebildet: post multum temporis impetrari non posse, was die Praxis auf fünf Jahre bestimmte; offenbar ein ähnlicher Entwicklungsgang.

Durch die Beschränkung auf eine gewisse Zeit gewann die hier fragliche Exception in hohem Grade an Eigenthümlichkeit. Es entstand

37) Welcher Kaiser dies sein soll, weiss man nicht, da die Bezeichnung auf keinen passt. Der Eingang ist offenbar corrumpirt. (Vielleicht aus Alexander Aurelio?) Vergl. Gneist S. 17.

38) Aehnliches kommt öfters vor z. B. c. 39 de transact. c. 12 de fidej.

daher das Bedürfniss, sie aus dem allgemeinen Begriffe der doli exceptio, dem sie ihrer Rechtsbedeutung nach angehörte, auszuscheiden. Zu diesem Zwecke war es dienlich, sie regelmässig in factum zu concipiren; und nach Massgabe dieser Fassung kam der Name exceptio non numeratae pecuniae immer ausschliesslicher in Uebung.

Man hatte nun ausnahmsweise eine Exception, welche einer Art Verjährung unterlag. Da es aber nicht in der Willkühr des Excipienten steht, wann er sich einer Exception bedienen will,[39]) so bedurfte es, damit jene Verjährung nicht zur Verletzung gereiche, noch einer besonderen Vorkehrung. Zu diesem Zwecke wurde dem Aussteller der cautio die Befugniss gegeben, durch eine an gewisse Förmlichkeiten geknüpfte Protestation (contestatio, denunciatio, auch blos querela n. n. p. genannt) die Exception zu perpetuiren.[40])

X. Die letzte Phase in der Geschichte der exc. n. n. p. hat ihren Grund nicht in einer Veränderung dieser selbst, sondern des ihr unterworfenen Substrates. Es ist oben dargestellt worden, wie zwischen Stipulationsurkunden und einfachen Schuldscheinen im Laufe der späteren Kaiserzeit eine Assimilation stattfand. Diese äusserte sich namentlich darin, dass auch die einfachen Schuldscheine der exc. n. n. p. unterworfen wurden (S. 111).

Betrachten wir die Stellung, welche die Exception solchen Schuldscheinen gegenüber einnimmt, so müssen wir sie auch hier wider den im Schuldschein enthaltenen, auf Constituirung der Schuld hinzielenden Willensact gerichtet denken. Dieser Willensact ist nicht etwa eine Fiction, sondern wirklich in der Ausstellung der Urkunde enthalten (§. 58 flg.). Nur das ist neu, dass diesem Willensact ohne die positive Form der Stipulation Verpflichtungskraft beigelegt wird. Neben diesem Willensact (dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Zahlungsversprechen) tritt die Empfangsbescheinigung in das Verhältniss eines Zeugnisses über die causa zurück. Als solches unterliegt sie einfachem Gegenbeweise, dessen Führung (im Sinne des Formularprocesses) durch die dem Verklagten bewilligte exceptio n. n. pec. eröffnet wurde.

In dieser ihrer positiven Wirksamkeit coincidirte freilich die Anfechtung mittelst exceptio völlig mit derjenigen Anfechtung, welcher der Schuldschein auch, so lange man ihn nur als Beweismittel betrachtete, im Wege des einfachen Gegenbeweises unterlag.[41]) Erst darin war ein Unterschied bemerkbar, dass, während der frühere Gegenbeweis ein der Zeit nach unbegrenzter war, der neuere, auf die Exception gegründete nach Ablauf der für diese bestimmten Frist nicht mehr zugelassen wurde. Die Anwendung der Exception auf einfache Schuldscheine lief daher praktisch auf den Satz hinaus: nach bestimmter Frist können Schuldscheine aus dem Gesichtspunkt einer anticipirten Ausstellung

39) Freilich konnte der Aussteller der cautio auch als Kläger mit der condictio auftreten; man wollte ihn aber durch die Befristung der Exception gewiss nicht nöthigen, die Rolle des Klägers zu übernehmen.

40) c. 8, 10, 14 §. 4 h. t. c. 4 de cond. ex lege 4, 9.

41) Der processualische Unterschied, wonach die Anfechtung mittelst exceptio nur vor dem Prätor, einfacher Gegenbeweis aber in judicio vorzubringen war, hatte natürlich mit dem Formularprozess jede Bedeutung verloren.

nicht mehr angefochten werden. Mit dieser negativen Seite der Sache trat die formelle Verpflichtungskraft des Schuldscheins (der Literalobligation) klar zu Tage; und es ist deshalb natürlich, dass wir gerade für dieses Stadium jenen Gedanken in den Institutionen (3, 21) und in der Paraphrase des Theophilus zu dieser Stelle bestimmt ausgesprochen finden.

Genauer die Spuren festzustellen, seit wann die exceptio n. n. p. auch auf einfache Schuldscheine übertragen sei, ist nach Lage der Sache nicht möglich. Innere Gründe sprechen entschieden dafür, dass dieser Uebergang erst nach Aufhebung des Formularprocesses, also nicht vor Diocletian, stattgehabt habe (S. 109). Die Rescripte bis auf Diocletian stellen die exceptio regelmässig einer „cautio" gegenüber oder reden sonst in Ausdrücken, welche mehr oder weniger bestimmt auf Stipulationsurkunden hindeuten.[42]) Nur ein Rescript Diocletians scheint bereits die Anwendbarkeit der Exception einfachen Schuldscheinen gegenüber vorauszusetzen. Es ist dies c. 5 si cert. pet. (4, 2) vom J. 293. Nachdem im ersten Theile die Anfechtung einer Stipulationsurkunde, wofür das Geld nicht ausgezahlt worden, unter der Bedingung gestattet ist: si intra praestitutum tempus rei gestae quaestionem detulistis, fährt der Kaiser fort:

Ac multo magis inanem timorem geritis, si, pecunia numerata, oleum susceptum instrumento sit collatum: cum, si reddendi stipulatio nulla subjecta est, et hujus rei est habita solemnis contestatio, in suo statu remanente eo, quod vere factum intercessit, ex olei accepti scriptura nihil deberi manifestum est.

Die hervorgehobenen Worte scheinen auf die zur Erhaltung der exc. n. n. p. dienende Protestation hinzuweisen;[43]) die Erwähnung dieser Protestation aber einer ohne Stipulation ausgestellten Schuldurkunde gegenüber setzt voraus, dass das Recht der exc. n. n. p. bereits Anwendung auf solche gefunden. Haben nun jene Worte wirklich die fragliche Bedeutung, dann scheint es mir in hohem Grade wahrscheinlich, dass dieselben im Sinne des Justinianischen Rechts interpolirt seien; um nämlich das argumentum a contrario zu vermeiden, mittelst dessen sonst aus dem ersten Satze des Rescripts auf die Nichtanwendbarkeit der Exception einfachen Schuldscheinen gegenüber geschlossen werden müsste. Der ursprüngliche Gegensatz leuchtet aber noch in den Eingangsworten des zweiten Satzes „Ac multo magis" hervor.

Von Diocletian bis zu Theodosius fehlt es an Nachrichten über die Exception und ihre Anwendung. Gerade in diese Zeit scheint die Unterwerfung einfacher Schuldscheine unter dieselbe zu fallen. In c. un. C. Theod. si cert. petat. de chirographis (2, 27) finden wir für die Anwendung der Exception charakteristische Zeitbefristung bereits für die Anfechtung der chirographa im Allgemeinen ausgesprochen.

42) Wie wenig man aus der unterbliebenen ausdrücklichen Erwähnung der Stipulation, zumal bei Rescripten, auf deren Abwesenheit schliessen kann, ergiebt c. 6 de comp. 4, 31, verglichen mit c. 1 rer. am. 5, 21. Beide sind demselben Rescripte entnommen. Aber erst aus c. 1 cit. erfahren wir durch die (in c. 6 fehlenden) Schlussworte, dass eine Stipulation vorlag.

43) Vergl. c. 4 de cond. ex lege 4, 9, wo ein ähnlicher Ausdruck entschieden auf die Protestation sich bezieht.

§. 4. Sin vero suam quidem manum fateatur obnoxius, sed nihil sibi numeratum pro hac obligatione caussetur, tunc chirographi discuti oportebit aetatem, ut sit jure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum.

Völlig entschieden tritt endlich die Anwendbarkeit der exceptio auf einfache Schuldscheine bei Justinian in dem Institutionentitel de lit. obligatione zu Tage (s. o. S. 112). Durch die Worte „cessante scilicet verborum obligatione" wird anerkannt, dass es für die Anwendung der Exception einerlei sei, ob der Schuldschein die Stipulationsclausel enthalte oder nicht.

XI. Fragen wir nach dem Gebiet der Rechtsgeschäfte, welche der Exception in ihrer ursprünglichen Bedeutung unterworfen waren, so ergiebt sich von selbst, dass dieses Gebiet kein positiv begrenztes sein konnte, dass vielmehr die Exception überall Raum fand, wo eine im Verhältniss zur materiellen Begründung der Verbindlichkeit anticipirte Stipulation nach den natürlichen Regeln des Verkehrs gedacht werden kann. Wie wir gesehen haben, war dieses namentlich da der Fall, wo die Stipulation die Bestimmung hatte, zum Austausch mit einer Realleistung zu dienen. — War die Stipulation beurkundet und in dieser Urkunde der causa erwähnt, so knüpfte sich hieran die weitere Frage: wie durfte die Bescheinigung der erledigten causa beschaffen sein, um dem Gedanken, dass sie gleichwohl eine anticipirte sein könne, Raum zu geben? In dieser Beziehung habe ich bereits oben meine Ansicht dahin geäussert, dass diess vernünftiger Weise nur da noch gedacht werden konnte, wo die Realleistung einfach als geschehen bezeugt, nicht aber auch da, wo dieselbe als in bestimmter Vergangenheit liegend bescheinigt war. Einer Bescheinigung der letzteren Art gegenüber kann die Behauptung der Nichtzahlung des Geldes nur noch aus dem Gesichtspunkte des Irrthums oder der Simulation Bedeutung gewinnen; Anfechtungen, welche von der exc. n. n. p. durchaus verschieden sind.

Eine dritte Frage ist es endlich, ob auch in allen den Fällen, wo die Exception ursprünglich anwendbar erschien, dieselbe jener eigenthümlichen Befristung unterworfen worden sei, und in dieser Bedeutung lässt sich die Frage nach dem Umfange der ecx. n. n. p. im engeren Sinne stellen. Während in dem Namen: exc. n. n. pecuniae, an welchen sich jene Befristung knüpft, an sich keine Beschränkung enthalten ist, da das Wort „pecunia" öfters Gegenstände aller Art bezeichnet,[44]) halte ich es dagegen aus inneren Gründen für wahrscheinlich, dass die Befristung nur für die Fälle eingeführt sei, wo die Realleistung mit Eigenthumsübertragung verbunden war,[45]) da der eigenthümliche Verkehr, aus welchem die oben (IX.) geschilderten Gefahren hervorgingen, bei den nicht mit Eigenthumsübertragung verbundenen Realcontracten gar nicht vorzukommen pflegt.

44) Gajus III. §. 124. — l. 222 de V. S. — c. 2 de const. pec. — Auch Justinian redet in c. 14 h. t, von „pecunia vel aliae res".

45) Damit stimmt auch die Ausdrucksweise in c. 14 h. t. überein: „pecuniae vel aliae res numeratae vel datae".

Demgemäss hat die befristete exc. n. n. p. ihren ursprünglichen Sitz in den Fällen des creditum im engeren Sinne. Darunter ist aber nicht allein das Darlehn und die dos begriffen, sondern es gehören dahin alle obligatorischen Zahlungen; so die Vorschüsse, welche dem Mandatar oder socius gegeben werden (S. 26), die Hingabe zum quasi usufructus (S. 44), die locatio conductio irregularis, vor Justinian auch das depositum irregulare.[46])

Bescheinigungen über liberatorische Zahlungen haben ganz die nämliche zweideutige Natur, wie Darlehnsscheine. Auch bei ihnen die Denkbarkeit einer anticipirten Ausstellung und die daraus hervorgehende Nothwendigkeit, einfachen Gegenbeweis wider sie zuzulassen; aber auch hier die Gefahr, durch Erbringung dieses Gegenbeweises einem Trugschluss zu unterliegen. Wenn wir gleichwohl auf sie die exc. n. n. p. ursprünglich nicht angewendet finden, so ergiebt sich hierfür sehr einfach der Grund, dass der röm. formelle Quittirungsact, die Acceptilation, ihrer processualischen Stellung nach einer Anfechtung durch Exception (Replik) unfähig war, vielmehr das ob causam non secutam Acceptoferirte nur condicirt werden konnte (S. 88). Die Anwendung der exc. n. n. p. auf Acceptilationsscheine war daher, so lange der Formularprocess bestand, eine processualische Unmöglichkeit. Materiell dagegen fanden wahrscheinlich die Grundsätze der exc. n. n. p., namentlich deren Befristung, sobald sie einmal geltendes Recht geworden war, auf die condictio acceptilationis ob causam non secutam ganz gleiche Anwendung, wie auf die cond. obligationis.[47]) Mit Aufhebung des Formularprocesses beseitigten sich aber auch die processualischen Gründe, welche die Anfechtung der Acceptilation auf eine selbständige Klage beschränkten. Wenn der Kläger seine Klage auf die ursprüngliche Stipulation gestützt hatte, Verklagter die Acceptilation entgegenhielt, und Kläger hiergegen geltend machte, dass die letztere ob causam non secutam geschehen sei, warum sollte nun der Richter, der an keine Formel mehr gebunden war, hiermit den Kläger in diesem Processe enthören und auf eine besondere Condiction verweisen, welcher doch materiell derselbe Rechtsstoff zu Grunde lag?[48]) So wie daher in dem neuen Verfahren die Acceptilation selbst zu einer Einrede im heutigen Sinne sich gestaltete, so musste deren Anfechtung nunmehr auch im Wege der Replik — einer replica n. n. p. — zugelassen werden. War man aber so weit gelangt, dann war der Uebergang von Acceptilationsscheinen zu einfachen Quittungen noch leichter, als der von Stipulationsurkunden zu einfachen Schuldscheinen. Denn die Acceptilation trug ja schon ihrer Form nach (acceptum fero) die Bescheinigung des Empfanges, also die causa, in sich; sodass es nur einer Herabstimmung der mit ihr verbundenen Solennitäten bedurfte, um sie in die einfache Quittung übergehen zu lassen. Die Uebertragung der Exception auf Quittungen geschah hiernach ohne Zweifel

46) Aus dem heutigen Recht ist hierher auch die Einlage einer Geldcaution zu rechnen.

47) Vergl. c. 4 de cond. ex lege 4. 9.

48) §. 35 J. de act. 4, 6. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur.

in dem auf Diocletian folgenden Zeitalter [49]) gleichzeitig und in gleicher Weise, wie auf einfache Schuldscheine, nicht durch positive Gesetze, sondern durch die Macht der Idee, in welcher die Bedeutung der verba solennia abstarb. Dass Justinian zuerst die Exception für Quittungen eingeführt habe, ist undenkbar; denn wo man erst schafft, pflegt man nicht, wie in c. 14 h. t. geschieht, von „amputare et brevi tempore concludere“ zu reden.

XII. Justinian hatte im Allgemeinen die sehr verständige Tendenz, den Urkundenbeweis zu kräftigen. [50]) Diese Tendenz bethätigte er auch durch seine Gesetzgebung über den hier fraglichen Gegenstand. Es scheint ihm der Gedanke nicht fern gelegen zu haben, ob nicht die Exception einem Empfangsbekenntniss gegenüber ganz abzuschneiden sei, da ja Niemand einen Empfang gegen sich als geschehen zu bezeugen brauche, den er noch in Erwartung habe. [51]) Er nahm jedoch Anstand, so weit zu gehen und zog vor, die Exception nur in gewissen Fällen auszuschliessen, in den übrigen aber erheblich abzukürzen. Die c. 14 h. t. [52]) beginnt demnach mit den Worten:

In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, n. n. p. exceptionem objicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor ejus, sed intra solum biennium continuum: ut eo elapso nullo modo querela n. n. p. introduci possit.

Auch dem in ein Dotalinstrument aufgenommenen Bekenntniss über den Empfang der dos glaubte Justinian die Exception nicht entziehen zu dürfen: „quia dotes datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit.“ [53]) Das heisst nicht, weil öfters vorkommt, dass die dos im Dotalinstrument als gegeben bescheinigt wird, während sie erst versprochen ist, so soll die Empfangsbescheinigung nichts beweisen; sondern aus dem gedachten Grunde soll einfacher Gegenbeweis überhaupt zugelassen werden.

Dagegen glaubte Justinian für einige Fälle die Exception ganz ausschliessen zu dürfen. Als solche bezeichnet er:

49) Bis auf Diocletian finden wir in den Constitutionen, welche die Anfechtung ertheilter Quittungen aus dem Gesichtspunkt anticipirter Ausstellung ausdrücklich besprechen (c. 6, 13, 21, 23 de solut. 8, 43), keine Spur von einer dieser Anfechtung gesetzten Zeitbeschränkung, worin das Charakteristische des auf Quittungen angewandten Exceptionenrechtes liegen würde. — Für die Folgezeit fehlt es an Nachrichten.

50) Vergl. c. 4 §. 2 de rec. arbitr. c. 18 de test. c. 17. c. 19 de fide instr. c. 23 ad SC. Vell. c. 14 de contr. stipul. Nov. 90. c. 2. etc.

51) So äussert sich Justinian in den Schlussworten des c. 6. Nov. 136. (s. u. XVIII.)

52) Diese Constitution ist augenscheinlich das Bruchstück eines grösseren Erlasses, zu welchem auch c. 3 de dote cauta non num., c. 21 de episc. aud. u. c. 4 de apoch. publ., vielleicht auch c. 17 de fide instr., c. 18 de test. u. c. 33 de donat. gehörten. Alle diese Constitutionen nahe verwandten Inhalts tragen ein Datum, welches nur zwischen Kal. Jun. und Kal. Jul. (528) variirt, in welcher Beziehung leicht Schreibfehler obwalten können.

53) c. 3 de dote cauta non num. 5, 15. Diese Constitution stand in dem ursprünglichen Erlasse vermuthlich zwischen pr. und §. 1 der c. 14 h. t., so dass die in §. 1 cit. erwähnten securitates, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote exponuntur, zu den in c. 3 erwähnten dotalibus instrumentis den Gegensatz bildeten.

Schuldscheine über ein Depositum;

Quittungen über öffentliche Abgaben:

Quittungen, welche nach Anfertigung der Dotalinstrumente über Empfang der dos ausgestellt werden.

In diesen Fällen soll also der Aussteller nicht mit der Behauptung gehört werden, er habe die Empfangsbescheinigung anticipando ausgestellt, in der That aber die Leistung noch erwartet. Die Gründe für diese Vorschrift liegen nahe. Der Depositar hat, wenn er redlich ist, kein Interesse beim Depositum; er kann deshalb ruhig abwarten, dass der Deponent mit der Deposition vorausgehe, und braucht die Ausstellung der Urkunde nicht zu anticipiren. Thäte er dies doch, so mag er den Nachtheil tragen, dass er mit dieser Behauptung im Prozess nicht gehört wird. [54]) Aehnliche Rücksichten können auch für die beiden anderen Ausnahmefälle unterstellt werden. Die Vorschrift in Betreff der fiscalischen Quittungen schliesst sich an eine Reihe früherer Constitutionen an, welche sämmtlich die an den Fiscus Zahlenden hinsichtlich des Beweises sicher zu stellen bezwecken. [55]) Die Bevorzugung der Dotalquittungen mag mit der allgemeinen Begünstigung der dos zusammenhängen.

Für die Fälle der Zulassung kürzte sodann Justinian die Frist der Exception bedeutend ab; für Schuldscheine im Allgemeinen auf 2 Jahre, für Quittungen auf 30 Tage, für Empfangsbekenntnisse über die dos auf ein Jahr nach Auflösung der Ehe [56]), welcher letzteren Frist er später (in Nov. 100) verschiedene andere Fristen je nach Dauer der Ehe substituirte.

Dass mit Ablauf dieser Fristen (sowie in den ganz ausgenommenen Fällen von Anfang an) jede Anfechtung aus dem Gesichtspunkte der exc. n. n. p. hinwegfallen musste, versteht sich von selbst. Die Frage über den Eintritt der materiellen causa sollte dem formellen bindenden Willensacte gegenüber gar nicht mehr zur Erörterung gebracht werden. Schon die c. 8 h. t. [57]) spricht dies klar aus. Auch Justinian hebt dies ausdrücklich hervor:

— ut biennio elapso nullo modo querela n. n. p. introduci possit;

— ut si hi (triginta dies) transacti fuerint, eadem securitas a judicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum triginta dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere.

Die gegentheilige Lehre, welche diese sehr entschiedenen Aussprüche hinweg zu demonstriren sucht, konnte nur aus der Auffassung hervor-

54) In naher Verwandtschaft steht diese Strenge mit anderen das Depositum betreffenden Vorschriften. Vergl. c. 11 depos. c. 14 §. 1 de compens.

55) c. 1 §. 1. c. 2 u. 3 de apoch. publ. 10, 22. c. 2 de discuss. 10, 30. c. 2 §. 1 de quadr. praescr. 7, 37. c. 11 de suscep. 10, 70.

56) Früher wurde wahrscheinlich die (fünfjährige) Frist von dem Datum des Dotalinstruments, worin die Stipulation wegen Rückgabe der dos beurkundet war, berechnet. Für eine langdauernde Ehe wird hiernach die Bestimmung in c. 14 h. t. sogar eine Erweiterung der Frist und insofern konnte Justinian in Nov. 100 hiervon wohl sagen: majusque additamentum factum. Dies gegen Gneist S. 39 flg.

57) Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres ejus — debitum solvere compellitur.

gehen, welche schon während der Dauer der Exception sich auf singulärem Boden zu bewegen vermeint, und sich deshalb gar nicht darein finden kann, nach Ueberschreitung dieses Gebiets abermals auf eine Singularität zu stossen.

Die hier fragliche Anfechtung darf jedoch nicht verwechselt werden mit der Anfechtung wegen irrthümlich unterstellter causa praecedens, welche von der Ausschliessung der exc. n. n. p. gar nicht berührt wird. Der Depositar, welcher behauptet, das Depositum in der irrthümlichen Unterstellung bereits geschehener Deposition beurkundet zu haben, der Schuldner, welcher sagt, er habe den Schuldschein wegen eines irrthümlich als empfangen angenommenen Darlehns ausgestellt, müssen jederzeit noch gehört werden; denn ihre Vertheidigung ist gar keine exc. n. n. p. [58]) Dahin gehört auch die Behauptung, dass die Schuld, über welche ein Darlehnsschein ausgestellt worden, nicht bestanden habe. [58a])

In seiner bekannten Breite ordnet dann Justinian auch noch an, [59]) dass, wie sich eigentlich schon von selbst versteht, mit dem Wegfallen der Exception auch die Befugniss, mittelst Eideszuschiebung wider das Empfangsbekenntniss Gegenbeweis zu führen, hinwegfallen solle. Wahrscheinlich hob er dies deshalb hervor, weil wohl damals schon (wie auch noch heute) die Eideszuschiebung das häufigste und in ihrer lediglich den Nichtempfang des als empfangen bescheinigten Geldes constatirenden Schärfe, zugleich das trügerischste Mittel abgab, um den Beweis des Klägers zu paralysiren. Wandeln wir den §. 3 cit. in sein Gegentheil um, so lautet dieses: in quibus permittitur exceptionem n. n. p. opponere, in his et jusjurandum offerre licet, d. h. (subjectiv ausgedrückt): „wer die Exception opponiren darf (also der Excipient), kann auch den Eid zuschieben". Von einer Eideszuschiebung des Excipienten während der Dauer der Exception könnte aber nicht die Rede sein, wenn das Empfangsbekenntniss nichts bewiese. [60])

Endlich hat Justinian auch für die zur Erhaltung der Exception dienliche Protestation bestimmte Formen vorgeschrieben. [61]) Dieselben sind jedoch für das Wesen der Sache eben so wenig von Interesse, als die in Nov. 18 für die missbräuchliche Vorschützung der Exception verordneten Privatstrafen.

So abgeschlossen ist die Lehre auf uns gekommen.

58) Vergl. §. 1 u. 2 J. de except. (S. 333). — Wenn Justinian in den angezogenen Worten den Urkunden nach Ablauf der Frist eine absolute Verpflichtungskraft beizulegen scheint, so erklärt sich dies daraus, dass eine Anfechtung ex errore überaus selten vorkommt.

58a) Auch würde, wenn der Gläubiger über Nichtzahlung des Geldes einen Revers ausgestellt, die hierauf zu gründende Einrede von der Frist nicht betroffen werden, da ein solcher Revers nicht blos die Bedeutung eines Beweismittels für die Nichtzahlung des Geldes, sondern eines die Rechte aus der Schuldverschreibung suspendirenden obligatorischen Versprechens, eines pactum de non petendo, haben würde.

59) c. 14 §. 3: Illo videlicet semper observando: ut, in quibus non permittitur exceptionem n. n. p. opponere, vel ab initio, vel post taxatum tempus elapsum; in his nec jusjurandum offerre liceat.

60) Eine Bestätigung findet diese ganze Anschauung in Nov. 136 c. 6 (s. u. XVIII).

61) c. 14 §. 4 h. t. c. 21 de episc. aud. 1, 4.

XIII. Die Gegensätze, in welchen die hier entwickelte Ansicht zu der herrschenden Lehre steht, sind bedeutend genug. [62]) Die exc. n. n. p. ist danach nicht eine singuläre Schöpfung, sondern ein organisches Rechtsgebilde. Das Besondere derselben läuft praktisch auf den Satz hinaus: gegen ein Empfangsbekenntniss findet nach einer gewissen Zeit Gegenbeweis in der Richtung, dass es anticipirt sei, nicht mehr statt. Die herrschende Lehre hat daraus den Satz gemacht: Empfangsbekenntnisse beweisen binnen gewisser Zeit nichts.

Aber wie anders stellt sich die diesseitige Lehre zu den Schwierigkeiten, die sich der herrschenden Doctrin, auch nach der Gneist'schen Aufstellung, überall entgegenthürmen! Diesseits bildet die exc. n. n. p. ein einheitliches Institut. Ihre scheinbar zweifache Richtung gegen Stipulation und Empfangsbescheinigungen erläutert sich durch die spätere Verschmelzung beider in dem gemeinschaftlichen Elemente eines auf Constituirung der Forderung gerichteten Willensactes. Diesem Willensacte gegenüber erscheint die Exception stets als ächte exceptio im römischen Sinne, [63]) und rechtfertigt damit ihren Namen und ihre Behandlung in den Quellen. Sie greift nirgends in die bestehende Beweislehre ein; denn ihre Zulassung bedeutet nicht, dass die Beweiskraft, sondern nur dass die Verpflichtungskraft der Urkunde suspendirt sei. Gerade weil durch sie die Urkunde auf ihre einfache Beweiskraft beschränkt wurde, zeigte sich eine Befristung der Exception erforderlich. Diese Befristung ist aber auch die einzige positive Seite der Sache; sie hat der Exception ihren besonderen Charakter gegeben. Ihre Einführung reicht nicht bis in die Zeit der grösseren Pandektenjuristen [64]) zurück. Dadurch erläutert sich die Art und Weise, wie die Exception einerseits in den Pandekten, anderseits in Codex und Institutionen vorkommt. Die strenge Verpflichtungskraft der Urkunde nach Ablauf der Frist ist keine Singularität, sondern nothwendige Folge der Zeitbeschränkung der Exception. Es liegt darin in Verhältniss zu der vorausgehenden einfachen Beweiskraft der Urkunde eine naturgemässe Steigerung. Bei dieser Auffassung ist man auch nicht genöthigt, dem Kaiser Justinian Schöpfungen im Gebiete der Exception zuzuschreiben, die mit seinen Worten und Tendenzen so wenig übereinstimmen würden. Seine Thätigkeit beschränkt sich auf Modificationen des Bestehenden in der Richtung grösserer Strenge. Dies gilt auch von Zulassung der Exception gegen Quittungen.

62) Die Gegensätze veranschaulichen sich folgendermassen:

Gemeine Lehre.	Diesseitige Lehre.
Erste Periode der Urkunde:	
keine Beweiskraft und keine Verpflichtungskraft.	Beweiskraft mit ruhender Verpflichtungskraft.
Zweite Periode:	
Beweiskraft, aber keine Verpflichtungskraft.	Verpflichtungskraft ohne Rücksicht auf Beweiskraft.

63) Die Uebertragung der Exception auf Acceptilation und Quittung ist nur eine processualische Entartung, berührt aber nicht die materielle Seite der Sache.

64) Später, als Paulus und Ulpian, lebten nur Modestin, Hermogenian und Charisius. Alle drei sind aber nicht so stark in den Pandecten vertreten, dass ihr Schweigen über die Beschränkung der Exception auffallen kann. — Vielleicht schritt auch die Praxis der Theorie um ein Weniges voraus.

XIV. Es soll nun noch eine Reihe der einschlagenden Gesetzstellen betrachtet werden.

Man wird vielleicht fragen: wie war es möglich — wenn anders die hier dargestellte Ansicht richtig ist — dass die Gesetze andauernd einem solchen Missverständnisse unterliegen konnten? — Der vornehmlichste Grund scheint mir darin zu liegen, dass in dieser Lehre das belebende Element des Pandektenrechtes fehlt. Wir besitzen im Codex aus der besseren Zeit nur eine Anzahl einzelner Entscheidungen, welche, wie alle Präjudicien, einer sehr vorsichtigen Auslegung bedürfen, und sodann von den späteren Kaisern wenige generelle, wahrscheinlich zerstückte Constitutionen. In dieses dürftige und unvorsichtig zusammengestellte Material müssen wir erst die geistige Verbindung hineintragen. Unvorsichtig zusammengestellt erscheint dasselbe allerdings für unsere modernen Augen, welche durch eine ungenaue Theorie gewöhnt sind, in einem Schuldschein eben nichts als ein Beweismittel der darin bezeugten Thatsache zu erblicken; während zu Justinians Zeiten das Bewusstsein einer verpflichtenden Kraft der Stipulation und der an deren Stelle tretenden Schuldurkunde gewiss noch so lebendig war, dass die Compilatoren wohl schwerlich daran dachten, man könne durch den Satz, dass die exc. n. n. p. dem Gegner die Beweislast zuwende, zu der närrischen Annahme gelangen, dass einem urkundlichen Empfangsbekenntniss nicht zu glauben sei. Der Mangel des Pandektenrechtes musste aber für die heutige Auffassung um so nachtheiliger wirken, als auch erst durch Gajus die, für diese Lehre so wichtige, Kenntniss des röm. Prozesses uns eröffnet, namentlich ein klarer Begriff über das Wesen der röm. exceptio möglich geworden ist.

In dem Streite, ob die exc. n. n. p. wirklich Exception oder nur negative Litiscontestation sei — ein Streit, welcher der Verwirrung römischer und heutiger Prozessbegriffe seine Hauptnahrung verdankt — hat man sich besonders auf die Eingangsworte der c. 9 h. t. (von Diocletian) bezogen.

Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet: et si, stipulatione interposita, placita creditor non dederit, in factum esse dandam exceptionem convenit.

Wem das Wesen der Stipulation klar ist, dem kann die Bedeutung jener Worte kaum zweifelhaft sein. Die Realobligation beschränkte sich von selbst auf den Betrag des Hingegebenen. Statt des an die Hingabe synallagmatisch sich anknüpfenden Versprechens der Rückerstattung konnte aber auch eine abstracte Verpflichtung durch Stipulation eingegangen werden. Diese war an sich von der Hingabe unabhängig. Da sie aber doch nur eine andere Form für einen Realcontract war, so wurde das Recht der Realcontracte auf sie übertragen durch Gewährung einer Exception wegen unterbliebener Hingabe. Die Worte: cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, drücken daher den materiellen Grund für die Gestattung der Exception aus; während diese Exception wider die Klage aus der Stipulation in formeller Hinsicht gerade den Gegensatz bildet zu dem Ableugnen des „dare oportere“,

auf welches sich der Darlehnsklage gegenüber der Verklagte beschränken konnte.

Wir wollen sodann die Constitutionen betrachten, auf welchen die Lehre beruht, dass die exc. n. n. p. die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses vernichte.

Der c. 10 h. t. liegt folgender Fall zu Grunde. Mezantius klagte aus einer cautio wider deren Aussteller, und dieser behauptete, er habe die Schuld schon vor längeren Jahren zurückgezahlt. Der Kläger meinte, diese Behauptung werde dadurch, dass der Schuldner die cautio noch Jahre lang in den Händen des Gläubigers gelassen, eben so unglaubhaft, wie in gleichem Falle die Behauptung, dass er nichts auf die cautio ausbezahlt erhalten habe; so gut wie mit letzterer Behauptung (der exc. n. n. p.), müsse er daher auch mit der Behauptung der Rückzahlung „post multum temporis“ ausgeschlossen werden. Diocletian und Maximian rescribirten:

Adseveratio debitum solutum contendentis temporis diuturnitate non excluditur. Nec huic obloquitur, quod exceptio n. n. p. certa die non delata querela prius evanescat, cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est), et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.

Die Kaiser hatten eine etwas rabulistische Deduction abzuweisen. Sie thaten dies, indem sie der Zahlungseinrede die exc. n. n. p. ihrem reinen Princip nach gegenüberstellten. Dass die exceptio als Anfechtungsmittel der Stipulation die Beweislast auf den Stipulanten übertrage, und dass gerade dieser Umstand deren Befristung veranlasst habe, entspricht eben so sehr der obigen Entwicklung, als andererseits die Hinweisung auf die naturalis ratio des Satzes: negantis probatio nulla est,[65]) nur durch jene Entwicklung erklärbar wird; während diese Worte für die Idee eines Beweisbeneficiums einen unüberwindlichen Anstoss abgeben. Auf die Bedeutung, welche ein in der Stipulationsurkunde enthaltenes Empfangsbekenntniss für die Beweisführung übt, hatten die Kaiser keine Veranlassung einzugehen.

Eine zweite Constitution, auf welche die gemeine Ansicht sich gründet, ist das oben (S. 82) abgedruckte Rescript Caracalla's, c. 3 h. t. Auch dieser Stelle liegt das Recht der Exception in voller Reinheit zu Grunde. Die Worte: si ex cautione tua conveniri coeperis, heissen im Sinne der classischen Zeit: „wenn du aus der Stipulation verklagt wirst“; und dieser gegenüber nöthigte die Exception allerdings den Kläger, die Geldzahlung zu beweisen. Möglich, dass der Kaiser die Frage, wie dieser Beweis zu erbringen sei, ganz ausser Acht liess. Möglich, dass dieselbe auch ausser Acht bleiben musste, weil die Urkunde die Auszahlung des Geldes gar nicht als geschehen erwähnte, oder weil der Bittsteller die anticipirte Ausstellung der Urkunde als unbestritten bezeichnete. Wahrscheinlich wurde eine Entscheidung nur über die Frage begehrt, ob nicht etwa die hypotheca data die Exception ausschliesse.

65) Den absolut unverfänglichen Sinn dieser Worte beweist auch ein anderes Rescript Diocletians, c. 23 de probat. 4, 19.

Ein ähnlicher Zweifel scheint es gewesen zu sein, welcher die Entscheidung in c. 1 h. t. veranlasst hat. Auch diese Constitution kann unbedenklich zu denen gerechnet werden, welche davon ausgehen, dass der Inhaber der cautio durch die Exception genöthigt werde, die Geldzahlung zu beweisen. Sie betrachtet die Sache aus dem nämlichen Gesichtspunkt. Der Sinn der Stelle im Allgemeinen ist völlig klar. Nur der Mittelsatz bietet durch Dunkelheit der Ausdrucksweise grosse Schwierigkeit. Für uns ist jedoch dessen Bedeutung im Einzelnen so wenig von Interesse, dass es nicht der Mühe lohnt, darauf einzugehen.[66])

Eine weitere hierher gehörige Constitution ist c. 1 de dote cauta non numerata (5, 15):

Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es. (a. 205).

Unter der scriptura dot. inst. pflegt man eine Bescheinigung über den Empfang der dos zu verstehen, deren Beweiskraft hier verneint sei. Während die gemeine Ansicht darin eine Wirkung der exc. n. n. p. erblickt, gelangt Gneist (S. 35) (für dessen Beweisbenificium die Jahreszahl nicht passt) zu der eigenthümlichen Annahme, „dass Dotalinstrumenten früher keine Beweiskraft für die Hingabe der dos beigelegt sei". Ich halte dafür, dass die „scriptura" eine im Dotalinstrumente niedergeschriebene Stipulation bedeutet, und zwar entweder eine solche zur Bestellung der dos, oder die über Rückgabe derselben. Im ersten Falle würde die Stelle heissen: nur die Real- nicht die Verbalbestellung der dos begründet eine Klage auf baare Rückzahlung.[67]) Im zweiten Falle: aus der Stipulation wegen Rückgabe der dos kann dieselbe nur zurückgefordert werden, wenn zugleich die Hingabe bewiesen wird.[67a]) Beides giebt einen guten Sinn. Die erste Interpretation scheint den Worten näher zu liegen; für die zweite spricht die Aufnahme in den vorliegenden Titel.

Wenden wir uns zum Novellenrecht, so wird auch in Nov. 18 c. 8, sowie in Nov. 100 davon ausgegangen, dass durch die exc. n. n. p. der Inhaber der Verschreibung zu einem lästigen Beweise genöthigt werde. In Nov. 18 werden deshalb auf das ungegründete Vorschützen derselben Strafen gesetzt; während die Nov. 100 bekannten anderweiten Fristen für deren Vorschützung wider den Empfang einer dos verordnet. Auch diese Gesetze schweigen über die Gestaltung der Sache im Einzelnen. Die ihnen zu Grunde liegende Annahme, dass die Exception dem Kläger die Beweislast zuwende und dieser Beweis dem Gläubiger sehr lästig

66) Gneist (S. 269 flg.) sieht sich zu einem solchen Eingehen genöthigt, weil die Constitution (vom J. 197) der „Einführung des Beweisbeneficiums" (215) weit vorausgeht, gleichwohl aber dieses schon zu kennen scheint. Gneist hilft sich durch die Annahme, dass die Stelle im Sinne des neueren Rechtes interpolirt sei — eine mindestens so zweifelhafte Unterstellung, dass darauf nicht wohl etwas positiv gebaut werden kann. — Vgl. über diese Stelle auch Huschke in Linde's Ztsch. XX. S. 169.

67) Cf. l. 38 §. 1 de pecul. 15, 1.

67a) Cf. l. 52 sol. matr. 24, 3.

werden könne, ist richtig, auch wenn man dem Empfangsbekenntniss einfache Beweiskraft zugesteht.

XV. Betrachten wir nun die Gesetze, welche positiv für die diesseitige Ansicht sprechen. Dahin gehören zuvörderst zwei Rescripte des Kaisers Caracalla:

c. 1 de cond. ob turp. caus. (4, 7): Si ex cautione tua conveniri coeperis: nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est: et eo impleto absolutio sequetur.

c. 2 h. t. Minorem pecuniam te accepisse et majoris cautionem te interposuisse, si apud eum, qui super ea re cogniturus est, constiterit: nihil ultra, quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis, restituere te jubebit.

Beide Stellen gehen unzweifelhaft davon aus, dass einer ausgestellten cautio gegenüber der Aussteller seinen Einwand: nullam (minorem) pecuniam se accepisse, zu beweisen habe. Alle Versuche, diese Stellen mit der gemeinen Ansicht in Einklang zu bringen,[68]) sind fruchtlos. Gneist, der dies anerkennt, hat deshalb einen anderen Weg eingeschlagen, indem er annimmt, dass diese beiden Stellen vor die Einführung des Beweisbeneficiums fallen. Nun wäre es für die c. 1 cit. wohl denkbar, dass sie in dem Titel: de condictione ob turp. caus. Aufnahme gefunden, während man an das veränderte Recht der exc. n. n. p. nicht gedacht habe. Dass aber auch die c. 2 h. t. gerade in den Titel, welcher ex professo von dem vermeintlichen Beweisbeneficium handelt, aus Versehen aufgenommen, dass sie, wenn sie wirklich entgegengesetztes früheres Recht enthielte, zwischen die c. 1, welche (nach Gneist) im Sinne des neueren Rechts interpolirt sein, und die c. 3, welche von Haus aus dem neueren Recht angehören soll, unverändert und ohne alle Vermittelung hingestellt sein sollte: das annehmen, heisst denn doch in der That der Leichtfertigkeit der Compilatoren allzuviel zutrauen. — Die diesseitige Ansicht ist nicht genöthigt, für die citirten Constitutionen ein anderes Recht zu unterstellen. Die dem Kaiser vorliegenden cautiones enthielten die Bescheinigung des Geldempfanges, und mit Rücksicht hierauf wurde rescribirt, dass der Aussteller über den Nichtempfang des Geldes (Gegen-) Beweis zu führen habe, wenn er sich der Zahlpflicht entziehen wolle. Stellen, wie die c. 2 und 3 h. t., konnten die Compilatoren unbedenklich neben einander stellen, weil die exceptio als solche mit der Frage über die Beweisführung nichts zu schaffen hat.

Eine weitere Constitution, welche die Beweiskraft der Empfangsbekenntnisse sehr scharf betont, ist c. 14 de solut (8, 43) von Diocletian:

Pecuniae solutae professio, collata instrumento, majorem rei gestae probationem continet, quam si chirographum acceptae pecuniae mutuae fuisset redditum.

Mit diesem Ausspruch ist eine Lehre, wonach Quittungen längere Zeit beweisunkräftig gewesen wären, völlig unvereinbar.

68) Vergl. Gneist S. 174.

Eine Constitution Leo's, welche den Vorzug des pignus publicum bestimmt, c. 11 qui pot. in pign. (8, 18), sagt im Eingange:

Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri — transigendi, vel paciscendi seu foenerandi — gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur — si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus.

Wie hätte wohl Leo so allgemein die Kraft der Urkunden, und unter ihnen die Darlehnsurkunden, aussprechen mögen, wenn diese fünf Jahre lang nichts bewiesen hätten?

XVI. Indirect sprechen gegen die hier bestrittene Wirksamkeit der exc. n. n. p. noch folgende Gesetze.

1) Die c. un. Theod. si cert. pet. de chir. (2, 27) erwähnt in §. 4 das Recht der exc. n. n. p. und deren Zeitbefristung, welche damals unzweifelhaft fünf Jahre betrug. Bestand dieses Recht in dem vermeintlichen Beweisbeneficium, so hatte der Gläubiger in seiner Urkunde fünf Jahre lang so gut als nichts in der Hand; vielmehr musste er wesentlich darauf rechnen, er werde erst nach fünf Jahren Veranlassung haben zu klagen und seine Urkunde zu produciren. Nun bestimmt aber jene Constitution in ihrem Eingang, dass der Inhaber eines chirographum, wenn der Aussteller sterbe, inter praesentes binnen zwei Jahren nach dessen Tode die Urkunde produciren und Klage erheben solle, bei Meidung des Verlustes der Klage. Wenn also der ganz zufällige Umstand eintrat, dass der Aussteller der Urkunde innerhalb drei Jahren nach der Ausstellung starb, so war der Gläubiger rechtlich genöthigt, innerhalb fünf Jahren nach der Ausstellung Klage zu erheben. Indem das Gesetz dieses bestimmte und andererseits das Recht der exc. n. n. p. anerkannte, hätte es also für den gedachten Fall folgende Anordnung getroffen: der Gläubiger muss innerhalb derjenigen Zeit Klage aus der Urkunde erheben, während welcher die Urkunde nichts beweist; erhebt er später Klage, so beweist zwar seine Urkunde, aber die Klage ist unzulässig! — Lässt sich denn eine solche Verkehrtheit in einem Gesetze denken?

2) Nach c. 16 de fide instrum. (4, 21)[69]) soll derjenige, welcher die Aechtheit einer von ihm ausgestellten Urkunde leugnet, die exc. n. n. p. zur Strafe verlieren. Entweder fand nun die Vorlage der Urkunde vor oder nach der für die exc. n. n. p. bestimmten Zeit statt. Im ersteren Falle sieht man nicht ein, was veranlassen konnte, das Bestreiten der Aechtheit mit einer Strafe zu bedrohen, wenn die Urkunde doch „nichts bewies." Im letzteren Falle dagegen konnte von einer Entziehung der ohnehin verjährten Exception zur Strafe nicht weiter die Rede sein. So würde denn auch diese Vorschrift für die Unterstellung eines Beweisbeneficiums eine handgreifliche Ungereimtheit aufweisen.

3) Justinian verordnet in c. 3 de plus petitionibus, 3, 10 (a. 530):

Odiosas contrahentium calliditates amputare properantes, censemus, ut si quis, certa quantitate sibimet debita, super ampliore pecunia per

69) Der Umstand, dass dieselbe eine lex restituta ist, kann die hier daran geknüpfte Betrachtung nicht hindern.

dolum et machinationem cautionem exegerit et ad judicium debitorem vocaverit: si quidem — — in certaminibus negotii permanens arguatur de adjecta falsa quantitate: non solum ea, sed etiam toto debito eum fraudari; transactionibus scilicet et secundis confessionibus, sive insinuatae sint, sive non, etiam in hoc causa suam obtinentibus firmitatem: talibus enim hoc objicere non oportet.

Hier wird zwar die exc. n. n. p. nicht namhaft gemacht. Dass dieselbe aber in Fällen der beschriebenen Art zur Anwendung kommen konnte, ergiebt schon eine Vergleichung der c. 2 h. t. Gleichwohl betrachtet Justinian die Einklagung der verschriebenen Summe als ein gefährliches Unternehmen, und bedroht dieselbe, wenn der Gläubiger überwiesen werde, dass er sich eine falsche Summe habe verschreiben lassen, mit dem Verlust der ganzen Forderung. Auch diese Vorschrift setzt nothwendig eine Beweiskraft der cautio voraus. Sie ist daher unvereinbar mit dem Gedanken, dass die exc. n. n. p., soweit sie gegen Cautionen der gedachten Art zur Anwendung kam, deren Beweiskraft vernichtet hätte.

4) In c. 23 ad SC. Vell. (4, 29) verordnet Justinian, dass, wenn eine Frau in dem Bürgschein bekannt habe, für die Bürgschaft etwas empfangen zu haben: „omnimodo esse credendum.“ Welcher Zweifel zu dieser Entscheidung Veranlassung gab, ist oben (S. 216) bemerkt worden. Hätte denn aber Justinian, wenn er eine zeitweise Unglaubwürdigkeit der Quittungen anerkannt oder gar eingeführt hätte, so entscheiden mögen, ohne nur irgend des Beweisbeneficiums zu gedenken?

XVII. Ich wende mich endlich zu den Gesetzen, welche vorzugsweise von der causa praecedens handeln. Dahin gehört zunächst c. 5 h. t.:

Imp. Alexander H. Haustiano. — Adversus petitiones adversarii, si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an justa causa debiti praecesserit.

Diese Stelle ist es vorzugsweise gewesen, welche zu den künstlichen Begriffsbestimmungen der causa praecedens, namentlich zu der Lehre Veranlassung gegeben hat, dass nur Darlehnscheine, diese aber auch, wenn sie auf ein vor Jahr und Tag gegebenes Darlehn Bezug nehmen, der exc. n. n. p. unterliegen; wozu man durch Urgirung der Worte „quasi credita pecunia“ gelangte. Für uns wird die Stelle kaum noch besonderer Erklärung bedürfen. Haustianus hatte auf Grundlage einer schon bestehenden Schuld eine cautio creditae pecuniae ausgestellt. Er fragt an, ob er nicht der exc. n. n. p. sich bedienen könne. Der Kaiser rescribirt: das gehe nicht an, da diese nur da stattfinde, wo Geld zurückgefordert werde, welches im Sinne der Schuldverschreibung wirklich habe ausbezahlt werden sollen. Wo aber bei der Schuldverschreibung an gar keine Auszahlung gedacht sei, da könne auch nicht aus deren Mangel, sondern nur aus dem Bestand des Schuldverhältnisses, welches der Verschreibung zu Grunde liege, ein Einwand entnommen werden.[70])

70) Eine Parallelstelle giebt ab c. 21 de solut. 8, 43 (S. 196).

Derselbe Gesichtspunkt liegt den Entscheidungen in c. 6 u. 11 h. t., c. 2 de dote cauta n. n., auch wohl c. 4 de duob. reis (8, 40) zu Grunde. Die Exception fällt überall hinweg, wo der Aussteller gar keine Geldzahlung erwartet hat.

Auf den Standpunkt der causa praecedens wird eine cautio auch durch eine vom Schuldner auf dieselbe geleistete Abschlags- oder Zinszahlung versetzt. [71])

c. 4 h. t. Cum fidem cautionis agnoscens, etiam solutionem portionis debiti vel usurarum feceris: intelligis, te de non numerata pecunia nimium tarde querelam deferre.

Man hat aus dieser Stelle gefolgert, dass nicht allein eine Zins- oder Abschlagszahlung, sondern auch jede andere wiederholte Anerkennung der Schuld die Exceptionen ausschliesse. Die Stelle enthält darüber nichts. Die Eingangsworte besagen nur: „da du die Ausstellung der Schuldurkunde (also die formelle Obligation) anerkennst“; in Verbindung hiermit soll die geleistete Zahlung die Exception ausschliessen. Dass nun auch jede andere (wirkliche) Anerkennung der materiellen Schuld die Exception ausschliesse, lässt sich nicht bezweifeln. Es fragt sich nur, ob eine solche, wie die Praxis annimmt, auch in einer zweiten Urkunde, welche ebenfalls nur einfach auf die Zahlung als geschehen Bezug nimmt, unbedingt zu finden sei, da ja doch auch diese zweite Urkunde anticipirt sein kann. Eher als auf die vorgedachte Stelle könnte man die Ausschliessung der Exception in diesem Falle auf c. 3 de pl. petit. („secundae confessiones“ S. 289) gründen. Auch wird allerdings, wo mehrere Empfangsbekenntnisse vorliegen, die Möglichkeit, dass diese sämmtlich anticipirt seien, immer ferner gerückt. Jedenfalls aber muss man bei dem dermaligen Stande der Lehre Bedenken tragen, jener Praxis entgegen zu treten, da die wiederholte Ausstellung eines Empfangsscheins jetzt fast das einzige Mittel bildet, wodurch sich der Gläubiger des Unfugs der exc. n. n. p. erwehren kann. — Uebrigens wird auch von der Zins- oder Abschlagszahlung nur cum grano salis Gebrauch zu machen sein. Vertheidigt sich der Schuldner damit, dass nicht er, sondern ein Anderer das Geld empfangen, so wird jede von ihm selbst geleistete Zahlung auf die Schuld genügen, um diese Vertheidigung unglaubhaft zu machen. Vertheidigt er sich dahin, dass er auf eine Verschreibung über 500 nur 400 ausbezahlt erhalten, so kann diese Vertheidigung natürlich durch eine Abschlagszahlung von 100 nicht ausgeschlossen werden.

XVIII. Besondere Betrachtung verdient die c. 13 h. t., eine generelle Constitution von Justinus, dem unmittelbaren Vorgänger Justinians:

Generaliter sancimus, ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat: nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quenquam modum, et

71) S. o. S. 174.

non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Diese Constitution wird benutzt, um mittelst eines argumentum a contrario den Satz zu beweisen, dass, wo keine ächte causa praecedens (S. 271) vorliege, also in den Fällen der exc. n. n. p., der Aussteller der cautio deren Unwahrheit nicht zu beweisen brauche. Ich halte dieses argum. a contr. unvereinbar mit dem Schlusssatz der Constitution. Niemand wird leugnen wollen, dass dieser Schlusssatz in seiner Allgemeinheit auch auf den Fall der unächten causa praecedens (S. 272) passt. Denn auch derjenige, welcher den einfach bescheinigten Empfang eines Darlehns etc. in Abrede stellt, widerruft das, was er mit klaren Worten erklärt hat, und widerstrebt seinem eigenen Zeugniss. Wollte nun die Constitution, im Gegensatz zu diesem Falle der unächten causa praecedens, ausschliesslich für den Fall der ächten ihre Beweisregel aufstellen, so konnte sie diese unmöglich, zumal mit solcher Emphase, auf einen Satz gründen, der gleichmässig für beide Fälle passt; sie würde sich damit selbst in's Gesicht geschlagen haben. Es bleibt daher nur die zwiefache Möglichkeit: entweder hat Justinus bei Erlass dieser Constitution die Fälle der unächten causa praecedens gar nicht vor Augen gehabt, und dann beweist sie für diese nichts; oder er hat — was im Sinne seines Zeitalters leicht geschehen konnte [72]) — die Fälle der ächten und unächten causa praecedens zusammengeworfen und beide unter dem, ihnen allerdings gemeinsamen, Gesichtspunkt eines wider sie zu führenden Beweises vereinigt. Dann hat er seine Beweisregel für beide Fälle aufstellen wollen, während seine Ausdrucksweise im Eingang, vielleicht zufolge Benutzung eines älteren Juristen, [73]) scheinbar auf dem Falle der ächten causa praecedens haften blieb. Wäre dies richtig, so würde die Constitution sogar eine positive Bestätigung der diesseitigen Ansicht enthalten. Ich gebe zu, dass die letztere Alternative nicht positiv zu erweisen steht; es genügt aber auch, den Beweis, welchen die Gegner aus jener Constitution ableiten, als mit dem Schlusssatz derselben unvereinbar, entschieden abzulehnen.

Es ist uns endlich in Nov. 136 eine Entscheidung aufbewahrt, welche ergiebt, wie die Exception bei bescheinigter causa zur Anwendung kam. Diese Novelle enthält die Beschlussnahme auf verschiedene von den Argentariern gestellte Anträge. Nachdem in c. 5 ihnen eine begehrte Generalhypothek versagt worden, heisst es in c. 6:

In illo utique casu nimis quam ipsis opem ferimus, ut, si ratiocinia proferantur, quae expresse quamque causam habeant adscriptam, in quam aurum datum est, atque hic ratiociniis ipsis subscripserit: etsi singulas in ipsis causas propria manu non scripserit, aut etiam confessionem de hoc aliquam sive sub specie mutui, sive ex acceptilatione, sive etiam aliter

72) Ich erinnere daran, dass ja Justinian nicht abgeneigt war, die unächte causa praecedens durchweg als ächte zu behandeln (S. 281 Note 52).

73) S. o. S. 115.

non confecerit: nequeat amplius ab eo, qui hoc fecit, singularum causarùm particulatim probationes exigere: nisi forte ex abundanti velit vel ipsi vel creditoris heredibus jusjurandum deferre: hoc enim solum ei concedimus: intra tamen ea tempora, quae exceptioni n. n. p. attributa sunt. Nam si id quoque tempus praeterire contigerit, neque jurejurando ipsos gravamus: id quod etiam in generalibus legibus descripsimus: quamquam ne hoc quidem ex usu erat: nam eum qui propria manu vel scripsit vel tradidit ratiocinia, quomodo justum fuerit putare, ita dissolutum extitisse, ut quae data non essent, pro datis scriberet?

Hiernach sollen vom Schuldner unterzeichnete Rechnungen, welche die einzelnen Schuldposten genau bezeichnen, nur nach den Grundsätzen der exc. n. n. p. innerhalb der für diese gesetzten Frist angefochten werden können. Bei dieser Anfechtung wird aber der Beweis nicht vom Gläubiger, sondern vom Schuldner gefordert, indem es diesem gestattet wird, den Eid zuzuschieben. Die gemeine Meinung findet hierin ein Privileg der Argentarier, „welches als Ausnahme der Regel bestätige“. Damit dürfte jedoch die Sache nicht abgethan sein.

Gegen das Ende des c. 6 wird gesagt, „es sei dieses auch allgemein angeordnet“ (τοῦτο ὅπερ καὶ ἐν τοῖς καθόλου νόμοις ἐγράψαμεν). Schlösse hiermit das Capitel, dann wäre es wohl zweifelhaft, ob das zurückverweisende „τοῦτο“ sich auf etwas Weiteres, als den letztvorhergehenden Satz (dass die Exception nach zwei Jahren nicht mehr stattfinde), beziehe. Es wird aber fortgefahren, „es sei dieses kaum nöthig gewesen (καίτοιγε οὐδὲ τοῦτο ἐχρῆν), da Niemand für so sorglos zu halten sei, dass er als empfangen bescheinige, was er nicht erhalten habe.“ Dieser Schlusssatz bezieht sich, seinem Sinne nach, unzweifelhaft nicht auf den Satz, welcher die Ausschliessung der Exception nach Ablauf der Frist betrifft, sondern auf die vorhergehenden Sätze, welche von deren Zulassung handeln; denn nur von der Zulassung kann man auf den angeführten Grund hin sagen: sie sei kaum nöthig gewesen. Durch diese feste Bestimmung des zweiten τοῦτο erhält aber auch das erste τοῦτο, welches nicht wohl ein anderes, beschränkteres, Rückbeziehungsobjekt haben kann, seine volle Bestimmung dahin, dass es sich nicht etwa nur auf den letztvorhergehenden Satz, sondern auch auf die weiter zurückliegenden, von der Zulassung der Exception redenden Sätze bezieht, woselbst in den Worten: τοῦτο γάρ μόνον αὐτῷ παρέχομεν, sich abermals ein „τοῦτο“ vorfindet, welches den späteren beiden τοῦτο correspondirt. Wir haben hiernach in dem Satz: τοῦτο ὅπερ καὶ ἐν τοῖς καθόλου νόμοις ἐγράψαμεν, ein directes Zeugniss über den Sinn der allgemeinen Gesetze dahin, dass bei bescheinigter causa dem Excipienten der Beweis obliegt. 74) Die ausschliessliche Erwähnung der Eideszuschiebung als Beweismittel dürfte nur auf dem Umstand beruhen, dass andere Beweismittel für die exc. n. n. p. selten vorhanden sind (S. 283).

74) Folgende Interpunktion würde den Sinn richtiger ergeben: Hoc enim solum ei concedimus, intra tamen ea tempora, quae exceptioni n. n. p. attributa sunt; (nam si id quoque tempus praeterire contigerit, neque jurejurando ipsos gravamus). Id, quod etiam in generalibus legibus descripsimus: quamquam etc.

Worin bestand denn nun aber die den Argentariern geleistete Hülfe, wovon der Eingang des c. 6 redet? — Augenscheinlich weisen darauf die Worte hin: etsi singulas causas propria manu non scripserit, aut confessionem aliquam sive sub specie mutui etc. non confecerit. Justinian beschritt hier zu Gunsten der Argentarier das Extrem der Formlosigkeit. Es sollte nicht einmal mehr die Ausstellung einer förmlichen Urkunde, sondern nur die einfache Unterschrift einer Rechnung erforderlich sein, um die Wirkungen der Stipulation, d. h. die Anwendung der mit dieser correlaten exc. n n. p. herbeizuführen. Im Gebiete der Exception selbst dagegen beliess er es bei den allgemeinen Bestimmungen.[75])

Ob es dieser Ausführung gelingen wird, herrschende Ansichten zu erschüttern, muss dahin gestellt bleiben. Wenigstens kann sie dazu beitragen, dass die Lehre nicht als abgeschlossen betrachtet, vielmehr neuer Prüfung unterworfen werde. Möchte man dabei doch immer einer historischen Kraft misstrauen, welche nur seltsame und unbegreifliche Ergebnisse aufzuweisen vermag.

75) Erst später wurde den Argentariern das Privileg verliehen, dass die Exception gegen die ihnen zustehenden Schuldverschreibungen ganz wegfallen solle. Just. Edict. VII. c. 2, IX. c. 2.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Druck von Fischer & Kürsten in Leipzig.

GEORG H. WIGAND'S VERLAG IN LEIPZIG

ADICKES, FR., Studien über die heutige Geltung des römischen Rechts. I. Zur Lehre von den Rechtsquellen 2 Mk.

APPELIUS, DR. HUGO, Ist eine Vermehrung der Rechtsmittel im Strafverfahren erforderlich? Eine brennende Frage der Gegenwart. 50 Pf.

BAEHR, DR. OTTO, Der Rechtsstaat. Eine publicistische Studie. 3 Mk.

BAUMANN, J., Das Gesinderecht auf Grundlage des gemeinen Rechts und seiner Ausbildung in Kurhessen 80 Pf.

BENDER, JUL., Das uneheliche Kind und seine Eltern in ihren rechtlichen Beziehungen zu einander. Eine kurzgefasste systematische Darstellung der gesetzlichen Bestimmungen in den einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands, in Oesterreich, Frankreich, Belgien und Holland . 75 Pf.

CHUCHUL, STAATSANWALT, P., Zum Kampf gegen Landstreicher und Bettler . 1 Mk.

ESMARCH, PROF. DR. KARL, Römische Rechtsgeschichte. 3. Aufl. 9 Mk.

HASENBALG, H., Beiträge zur Lehre von der Intercession . . 4 Mk.

KLAUHOLD, ALFRED, Kurhessisches Rechtsbuch 4 Mk.

STURM, AUGUST, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1 Mk.

—— „ —— Die Commissivdelicte durch Unterlassung und die Omissivdelicte. 2. Auflage 2 Mk. 40 Pf.

—— „ —— Gewohnheitsrecht und Irrtum. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtsgeschichte, nebst einem rechtsphilosophischen Anhang: Die monistische Grundlage des Rechts 1 Mk. 20 Pf.

—— „ —— Recht und Rechtsquellen 5 Mk.

THEOBALD, MAX, Die Gesetze über das Grundbuchwesen im Bez. d. vormal. Apell.-Ger. zu Kassel. Mit Anmerk. zum pract. Gebrauch. 2. Aufl. geb. 4 Mk.

—— „ —— Handbuch d. im Bezirk d. früh. Kurfürstentums Hessen gelt. Civilrechts in alphabet. Ordnung. 2. Auflage . . . 12 Mk.

WEIFFENBACH, JULIUS, Das Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst dem Gesetz über die Einführung desselben vom 20. Juni 1872. 5 Mk.

WEIPERT, HEINR., Beitrag zur Lehre von der stillschweigenden Servitutsbestellung 1 Mk. 20 Pf.

Druck von Fischer & Kürsten, Leipzig.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bähr, Otto,

Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund civilistische Abhandlung

Leipzig 1894

J.rom.m. 25 y
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637376-6